

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT PRIVÉ

sous la direction de

HENRY SOLUS

Professeur honoraire à la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Paris

TOME CXLIX

PERSONNALITÉ MORALE ET DROIT SUBJECTIF

Essai sur l'influence du Principe de Personnalité Morale sur la nature
et le contenu des droits des membres des groupements personnifiés

PAR

JEAN-PIERRE GASTAUD

Docteur en Droit

Chargé des fonctions de Maître de Conférences

à la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de l'Université de Nice

Lauréat de la Faculté de Droit de Nice

et du concours général des Facultés de Droit

Préface de

JEAN-PIERRE SORTAIS

Professeur des Facultés de Droit

Ouvrage honoré d'une subvention du Ministère
de l'Éducation Nationale et couronné par l'Uni-
versité de Nice : Prix de Thèse 1974 et par
l'Association Nationale des Docteurs en Droit :
Prix de Thèse 1975

1974

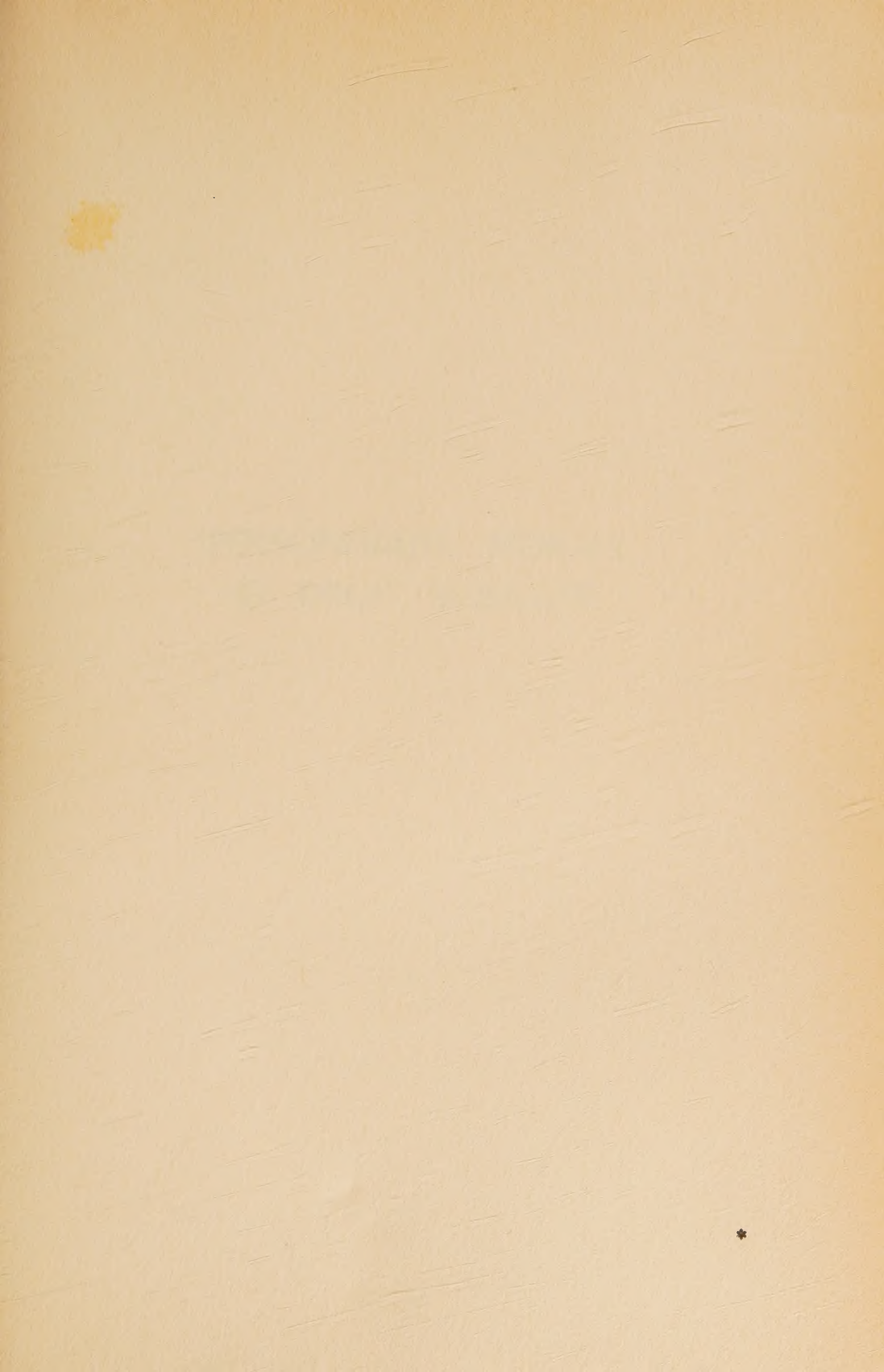
P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20 et 24, Rue Soufflot (5°)

1977





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546313_0005

**PERSONNALITÉ MORALE
ET DROIT SUBJECTIF**

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT PRIVÉ

sous la direction de

HENRY SOLUS

Professeur honoraire à la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Paris

TOME CXLIX

PERSONNALITÉ MORALE ET DROIT SUBJECTIF

Essai sur l'influence du Principe de Personnalité Morale sur la nature
et le contenu des droits des membres des groupements personnifiés

PAR

JEAN-PIERRE GASTAUD

Docteur en Droit

Chargé des fonctions de Maître de Conférences

à la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de l'Université de Nice

Lauréat de la Faculté de Droit de Nice

et du concours général des Facultés de Droit

Préface de

JEAN-PIERRE SORTAIS

Professeur des Facultés de Droit

Ouvrage honoré d'une subvention du Ministère
de l'Éducation Nationale et couronné par l'Uni-
versité de Nice : Prix de Thèse 1974 et par
l'Association Nationale des Docteurs en Droit :
Prix de Thèse 1975

P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20 et 24, Rue Soufflot (5^e)

—
1977



ISBN 2-275-01261-3

OUVRAGES PARUS DANS LA MÊME COLLECTION

- Tome 1. — DESPAX (M.), professeur agrégé des Facultés de Droit. *L'entreprise et le Droit*. Préface de G. MARTY, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse. 1957. Épuisé.
- Tome 2. — TERRE (F.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Strasbourg. *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*. Préface de R. LE BALLE, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1957.
- Tome 3. — CHOUKROUN (C.), docteur en droit. *Les droits des associés non gérants dans les sociétés à responsabilité limitée*. Préface de A. AMIAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1957. Épuisé.
- Tome 4. — BREDIN (J.-D.), chargé de travaux pratiques à la Faculté de Droit. *L'entreprise semi-publique et publique et le droit privé*. Préface de H. SOLUS, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1957. Épuisé.
- Tome 5. — DIDIER (P.), professeur agrégé des Facultés de Droit. *L'option de la femme commune en biens*. Préface de M. FRÉJAVILLE, professeur à la Faculté de Droit de Paris.
- Tome 6. — MARTINE (E.-N.), assistant à la Faculté de Droit de Paris, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*. 1957. Épuisé.
- Tome 7. — SENN (J.-P.), docteur en droit. *Les sociétés d'investissement en droit français*. Préface de M. ROBLLOT, doyen de la Faculté de Droit de Nancy. 1958.
- Tome 8. — SOUM (H.), docteur en droit. *La transmission de la succession testamentaire*. Préface de P. HÉBRAUD, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse. 1957.
- Tome 9. — GENDREL (M.), docteur en droit. *Les mariages « in-extremis »*. « Et Thalami et Tumuli sic fuit una dies ». 1958.
- Tome 10. — LE GALCHER-BARON (M.), assistant à la Faculté de Droit de Caen. *Les prérogatives de la femme commune en biens sur ses biens personnels et les biens réservés*. Préface de J. BOUTARD, professeur à la Faculté de Droit de Caen. 1959.
- Tome 11. — BISCHOFF (J.-M.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Strasbourg. *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*. Préface de A. WEIL, doyen de la Faculté de Droit de Strasbourg. 1959.
- Tome 12. — PETITJEAN (H.), docteur en droit. *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais*. Préface de H. BATIFFOL, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1959.
- Tome 13. — ROLAND (H.), assistant à la Faculté de Droit de Lyon. *Chose jugée et tierce opposition*. Préface de B. STARCK, professeur à la Faculté de Droit de Lyon. 1958. Épuisé.
- Tome 14. — LEVEL (P.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Lille. *Essai sur les conflits de lois dans le temps*. Contribution à la théorie générale du droit transitoire. Préface de H. BATIFFOL, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1959. Épuisé.
- Tome 15. — LAGARDE (P.), docteur en droit. *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*. Préface de H. BATIFFOL, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1959. Épuisé.
- Tome 16. — VANHAECKE (M.), docteur en droit. *Les groupes de sociétés*. Préface de M.-R. PLAISANT, professeur à la Faculté de Droit de Caen. Ed. 1959. Nouveau tirage 1962.
- Tome 17. — CALAIS-AULOY (J.), assistant à la Faculté de Droit de Montpellier. *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*. Préface de M. CABRILLAC, professeur à la Faculté de Droit de Montpellier. 1959. Épuisé.
- Tome 18. — BORRICAND (J.), chargé de cours à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence. *Les effets du mariage après sa dissolution*. Préface de M. KAYSER, professeur à la Faculté de Droit d'Aix. 1960.
- Tome 19. — RIEG (A.), docteur en droit. *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*. Préface de R. PERROT, professeur à la Faculté de Droit de Strasbourg. 1961. Épuisé.

- Tome 20. — LAFON (J.), docteur en droit, médecin-chef des hôpitaux psychiatriques de la Seine. *La responsabilité civile du fait des malades mentaux*. Préface de H. MAZEAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1960.
- Tome 21. — DECOCQ (A.), docteur en droit. *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*. Préface de G. LEVASSEUR, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1960. Epuisé.
- Tome 22. — BOUREL (P.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Rennes. *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*. Préface de Y. LOUSSOUARN, doyen de la Faculté de Droit de Rennes. 1961.
- Tome 23. — MOUSSERON (J.-M.), chargé de cours à la Faculté de Droit d'Alger. *Le droit du brevet d'invention*. Contribution à une analyse objective. Préface de M.-H. CABRILLAC, professeur à la Faculté de Droit de Montpellier. 1961. Epuisé.
- Tome 24. — OLLIER (P.-D.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Grenoble. *La responsabilité civile des père et mère*. Etude critique de son régime légal (Art. 1384, al. 4 et 7 C. civ.). Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1961. Epuisé.
- Tome 25. — CATALA (N.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Dijon. *La nature juridique du paiement*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1961.
- Tome 26. — *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*. Etudes de droit privé sous la direction de P. DURAND, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris, par MM. E.-L. BACH, J. BARRERE, A. DECOCQ, J.-P. DOUCET, M. GENDREL, O. KUHNMUNCH et J. NOIREL, docteurs en droit. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1961.
- Tome 27. — ROUJOU DE BOUBÉE (G.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse. *Essai sur l'acte juridique collectif*. Préface de G. MARTY, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse. 1961.
- Tome 28. — PELISSIER (J.), docteur en droit, assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lyon. *Les obligations alimentaires*. Préface de R. NERSON, professeur à la Faculté de Droit de Lyon. 1961.
- Tome 29. — SORTAIS (J.-P.), docteur en droit. *Le titre et l'émolument*. Préface de R. LE BALLE, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1961.
- Tome 30. — HUGUET (A.), docteur en droit. *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*. Etudes sur la loi du 11 mars 1957. Préface de R. SAVATIER, doyen honoraire de la Faculté de Droit de Poitiers. 1962.
- Tome 31. — PELLEGRIN (A.), docteur en droit, assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Grenoble. *De la nature juridique du partage d'ascendant*. Préface de P. HÉBRAUD, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse. 1961.
- Tome 32. — RIVES-LANGE (J.-L.), docteur en droit, lauréat de la Faculté de Droit de Montpellier, lauréat de l'Académie française. *Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte*. Préface de J. BECQUE, professeur à la Faculté de Droit de Montpellier. 1962.
- Tome 33. — JULIEN (P.), assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université d'Aix-Marseille. *Les contrats entre époux*. Préface de P. KAYSER, professeur à la Faculté de Droit d'Aix-Marseille. 1962.
- Tome 34. — CHESNE (G.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Rennes. *L'établissement des étrangers en France et la communauté économique européenne*. Préface de Y. LOUSSOUARN, doyen de la Faculté de Droit de Rennes. 1962.
- Tome 35. — GRANCHET (G.), docteur en droit, lauréat de la Faculté de Droit de Paris. *La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire*. 1962.
- Tome 36. — LE GALL (J.-P.), docteur en droit. *L'obligation de garantie dans le louage des choses*. Préface de M. TUNC, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1962.
- Tome 37. — FARJAT (G.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Dijon. *L'ordre public économique*. Préface de M. B. GOLDMAN, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963. Epuisé.
- Tome 38. — DUCOULOUX (C.), avocat à la Cour. *Les sociétés d'économie mixte en France et en Italie*. Préface de J. BRËTHE DE LA GRESSAYE, professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux. 1963. Epuisé.

- Tome 39. — PRADEL (J.), magistrat. *La condition civile du malade*. Préface de G. CORNU, doyen de la Faculté de Droit de Poitiers. 1963.
- Tome 40. — VERDOT (R.), assistant à la Faculté de Droit d'Aix. *La notion d'acte d'administration en droit privé français*. Préface de P. KAYSER, professeur à la Faculté de Droit d'Aix. 1963.
- Tome 41. — GHESTIN (J.), professeur agrégé à la Faculté de Droit de Bordeaux. *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*. Préface de J. BOULANGER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963.
- Tome 42. — GROSS (R.), docteur en droit. *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*. Préface de D. TALLON, doyen de la Faculté de Droit de Nancy. 1964. Epuisé.
- Tome 43. — BUFFELAN-LANORE (Y.), docteur en droit. *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*. Préface de P. HÉBRAUD, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse. 1963.
- Tome 44. — POULAIN (J.), docteur en droit. *La protection des émissions de radiodiffusion*. Préface de M. H. DESBOIS, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963. Epuisé.
- Tome 45. — GOURDON (C.), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit de Poitiers. *La notion de cause de divorce étudiée dans ses rapports avec la faute*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963.
- Tome 46. — DAHAN (M.), assistant à la Faculté de Droit de Paris. *Sécurité sociale et responsabilité*. Etude critique du recours de la sécurité sociale contre le tiers responsable. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963. Epuisé.
- Tome 47. — LINOSSIER (L.), docteur en droit. *Le partage des successions confondues*. Préface de R. LE BALLE, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963.
- Tome 48. — LOMBOIS (J.-C.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Poitiers. *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963.
- Tome 49. — *L'immeuble urbain à usage d'habitation*. Etudes de droit privé, sous la direction de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris, et par MM. J.-M. LOUP, L. LINOSSIER, C. LOMBOIS, J. NORMAND, A. PIEDLIEVRE, E. DU PONTAVICE, A. RIEG, J.-P. SORTAIS, R. VERDOT et R. WILLMANN. 1963.
- Tome 50. — BILLEY (G.), docteur en droit, diplômé de l'I.E.P. de Grenoble. *Le droit de réponse en matière de presse*. Préface de A. TUNC, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1963.
- Tome 51. — GOULET (J.-M.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques d'Aix-en-Provence. *La condition juridique de l'enfant adultérin en droit italien*. Préface de Mlle Y. LOBIN, professeur à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence. 1964.
- Tome 52. — BOULANGER (F.), docteur en droit, lauréat de la Faculté de Droit de Paris, ancien attaché au « Max Planck Institut für internationale Privatrecht ». *Etude comparative du droit international privé des successions en France et en Allemagne*. Préface de H. BATIFFOL, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1964.
- Tome 53. — VINEY (G.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Dijon. *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Préface de A. TUNC, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965.
- Tome 54. — AMBIALET (J.), avocat à la Cour d'Appel. *Responsabilité du fait d'autrui en droit médical*. Préface de M. de JUGLART, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965.
- Tome 55. — LECLERCO (P.), auditeur de justice, assistant à la Faculté de Droit de Grenoble. *Les clientèles attachées à la personne*. Préface de P. CATALA, professeur à la Faculté de Droit de Montpellier. 1965.
- Tome 56. — LABRUSSE-RIOU (C.), chargée de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Strasbourg. *L'égalité des époux en droit allemand*. Préface de R. DAVID, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965.
- Tome 57. — DEJEAN DE LA BATIE (N.), agrégé des Facultés de Droit. *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*. Préface de H. MAZEAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965.
- Tome 58. — SPITERI (P.), assistant à la Faculté de Droit de Toulouse. *L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal*. (Etude de réforme législative). Préface de A. BRETON, doyen honoraire de la Faculté de Droit d'Alger. 1965.

- Tome 59. — MALINVAUD (Ph.), maître de conférence agrégé à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Dijon. *La responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat*. Préface de H. MAZEAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965.
- Tome 60. — LANDREAU (D.), assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques d'Aix-en-Provence. *Le désaveu de paternité spécial de l'article 325 du code civil*. Essai de contribution à l'étude du rôle de la jurisprudence. Préface de P. KAYSER, professeur à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence. 1965.
- Tome 61. — DOUCET (J.-P.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Caen. *L'indexation*. Préface de H. MAZEAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965.
- Tome 62. — RAYMOND (G.), docteur en droit. *Le consentement des époux au mariage. Etude de droit positif français*. Préface de G. CORNU, doyen de la Faculté de Droit de Poitiers. 1965.
- Tome 63. — RUBELLIN-DEVICHI (J.), docteur en droit. *L'arbitrage, nature juridique droit interne et droit international privé*. Préface de J. VINCENT, doyen de la Faculté de Droit de Lyon. 1965.
- Tome 64. — TANAGHO (S.), chargé de cours à la Faculté de Droit d'Ein-Chams. *De l'obligation judiciaire*. Etude morale et technique de la révision du contrat par le juge. Préface de P. RAYNAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965.
- Tome 65. — NORMAND (J.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Nancy. *Le juge et le litige*. Préface de R. PERROT, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1965.
- Tome 66. — JAUFFRET (C.), docteur en droit (Aix). *La responsabilité civile en matière d'accidents d'automobile* (étude comparée de droit espagnol, italien et français). Préface de Mlle Y. LOBIN, professeur à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence. 1965.
- Tome 67. — FROSSARD (J.), docteur en droit. *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*. Préface de R. NERSON, professeur à la Faculté de Droit de Lyon. 1965.
- Tome 68. — LE BRIS (R.-F.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Rennes. *La relation de travail entre époux*. Préface de Y. LOUSSOUARN, professeur à la Faculté de Droit de Paris, 1965.
- Tome 69. — *L'automobile en droit privé*, études de droit privé sous la direction et avec une préface de Y. LOUSSOUARN, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris, par R. BADINTER, J. BORRICAND, F. BOULANGER, G. CAS, M. CULIOLI, M. DAHAN, H. GAUDEMET-TALLON, C. JAUFFRET, J. PELISSIER, C. RIOU-LABRUSSE, G. ROUJOU DE BOUBÉE, J. SAYN, M. VERON. 1965.
- Tome 70. — PIROVANO (A.), assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Nice. *Faute civile et faute pénale*. Préface de P. BONASSIES, professeur à la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence. 1966.
- Tome 71. — LESERVOISIER (Y.), avocat à la Cour d'Appel de Paris. *La responsabilité civile résultant du transport gratuit de personnes en droit français et en droit anglais*. Préface de B. GOLDMAN, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1966.
- Tome 72. — MOREAU (J.-P.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Poitiers. *Les limites au principe de la divisibilité de l'instance quant aux parties*. Préface de G. CORNU, doyen honoraire de la Faculté de Droit de Poitiers. 1966.
- Tome 73. — DAGOT (M.), assistant à la Faculté de Droit de Tananarive. *La simulation en droit privé*. Préface de M. HÉBRAUD, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse. 1967.
- Tome 74. — COUV RAT (P.), assistant à la Faculté de Droit de Poitiers. *Les agences de voyages en droit français*. Préface de G. CORNU, doyen honoraire de la Faculté de Droit de Poitiers. 1967.
- Tome 75. — DESJEUX (X.), avocat à la Cour de Paris. *La convention de Rome* (10-26 octobre 1961) : Etude de la protection des artistes, interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion. Préface de H. DESBOIS, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1966.
- Tome 76. — SERNA (J.-C.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Grenoble. *Le refus de contracter*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1967.

- Tome 77. — KHALIL (M.-S.), chargé de cours à la Faculté de Droit d'Einchams (Le Caire). *Le dirigisme économique et les contrats*. Etude de droit comparé France, Egypte, U.R.S.S. Préface de R. DAVID, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1967.
- Tome 78. — CHABAS (F.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Dakar. *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*. Préface de H. MAZEAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1967.
- Tome 79. — LEUCK (A.), docteur en droit, licencié ès lettres. *De la nature juridique de l'avancement d'hoirie*. Préface de P. VOIRIN, professeur à la Faculté de Droit de Nancy. 1967.
- Tome 80. — OMAR (A.M.), chargé de cours à la Faculté de Droit du Caire. *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*. Préface de R. PERROT, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1967.
- Tome 81. — BOURGEOIS (A.-M.), assistante à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Clermont-Ferrand. *L'exploitation agricole dans la législation récente*. Préface de J. STOUFFLET, professeur à la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand. 1967.
- Tome 82. — CHEVALLIER (J.-Y.), chargé de cours à la Faculté de Droit de Rennes. *L'action en recherche de paternité naturelle simple et l'action alimentaire des enfants adultérins ou incestueux en droit international privé français*. Préface de Y. LOUSSOUARN, doyen de la Faculté de Droit de Rennes. 1967.
- Tome 83. — EL GAMMAL (M.), docteur en droit. *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*. Préface de M. A. TUNC, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1967.
- Tome 84. — CELICE (B.), docteur en droit, avocat à la Cour. *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1968.
- Tome 85. — NAJJAR (I.), chargé de cours à la Faculté de droit de Beyrouth, avocat à la Cour d'Appel de Beyrouth. *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*. Préface de P. RAYNAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1967.
- Tome 86. — DEMAÏN (B.), docteur en droit, *La liquidation des biens des concubins*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1968.
- Tome 87. — JESTAZ (Ph.), docteur en droit. *L'urgence et les principes classiques du droit civil*. Préface de P. RAYNAUD, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1968.
- Tome 88. — GOMAA (N.M.K.), chargé de cours à la Faculté de Droit du Caire. *Théorie des sources de l'obligation*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit de Paris. 1968.
- Tome 89. — DELHAY (F.), docteur en droit, lauréat de la Faculté de Droit de Lille. *La nature juridique de l'indivision*. Préface de J. PATARIN, professeur à la Faculté de Droit de Lille. 1968.
- Tome 90. — GILSON (B.), docteur en droit, docteur ès sciences politiques. *Inexécution et résolution en droit anglais*. Préface de R. DAVID, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1969.
- Tome 91. — OVERSTAKE (J.-F.), docteur en droit. *Essai de classification des contrats spéciaux*. Préface de J. BRÊTHE DE LA GRESSAYE, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Bordeaux. 1969.
- Tome 92. — COZIAN (M.), professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Dijon. *L'action directe*. Préface de A. PONSARD, professeur de Droit civil à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Dijon. 1969.
- Tome 93. — GOUBEAUX (G.), agrégé des Facultés de Droit. *La règle de l'accessoire en droit privé*. Préface de D. TALLON, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Nancy. 1969.
- Tome 94. — SAYAC (A.), licencié ès lettres, docteur en droit. *Essai sur le besoin créateur de Droit*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1969.
- Tome 95. — BLONDEL (P.), docteur en droit. *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*. Préface de A. PONSARD, professeur de Droit civil à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Dijon. 1969.
- Tome 96. — DUPICHOT (J.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Clermont-Ferrand. *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*. Préface de J. FLOUR, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1969.

- Tome 97. — MALAN (F.), docteur en droit. *Les Offres Publiques d'Achat (O.P.A.) ; l'expérience anglaise*. Préface de A. TUNC, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1969.
- Tome 98. — HONORAT (J.), docteur en droit. *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*. Préface de J. FLOUR, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1969.
- Tome 99. — ISSAD (M.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques d'Alger. *Le jugement étranger devant le juge de l'exequatur de la révision du contrôle*. Préface de M. LOUSSOUARN, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1970.
- Tome 100. — Mlle MARMIER (M.-P.), docteur en droit. *Sociologie de l'adoption*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1969.
- Tome 101. — SIMLER (Ph.), docteur en droit, diplômé de l'Institut d'Etudes politiques. *La nullité partielle des actes juridiques*. Préface de A. WEILL, doyen de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg. 1969.
- Tome 102. — AZEMA (J.), docteur en droit. *La durée des contrats successifs*. Préface de M. NERSON, doyen de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lyon. 1969.
- Tome 103. — FAYARD (M.-C.), chargée de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lyon. *Les impenses*. Préface de R. NERSON, doyen honoraire de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lyon. 1969.
- Tome 104. — MENDEGRIS (R.), chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Grenoble. *La nature juridique de la compensation*. Préface de P. CATALA, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1969.
- Tome 105. — SOINNE (B.), maître-assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lille. *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux*. Préface de J. PATARIN, professeur à la Faculté de droit et des Sciences économiques de Lille. 2 vol. 1969.
- Tome 106. — GEBLER (M.-J.), maître-assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Nancy. *Le droit français de la filiation et la vérité*. Préface de D. TALON, doyen honoraire de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Nancy. 1970.
- Tome 107. — Mme ALEXANDRE (D.), maître-assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Strasbourg. *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*. Préface de A. WEILL, doyen de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Strasbourg. 1970.
- Tome 108. — LE TOURNEAU (Ph.), docteur en droit. *La règle « nemo auditur »*. Préface de P. REYNAUD, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1970.
- Tome 109. — AUBERT (J.-L.), docteur en droit, lauréat de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris, chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Nancy. *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*. Préface de J. FLOUR, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1970.
- Tome 110. — OTTENHOFF (R.), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Rennes. *Le Droit pénal et la formation du contrat civil*. Préface de H. BLAISE, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Rennes. 1970.
- Tome 111. — ISSA (H.M.), chargé de cours à l'Université d'Assiout. *Capitalisme et sociétés anonymes en Egypte*. Préface de A. TUNC, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1970.
- Tome 112. — GUGGENHEIM (D.), docteur en droit, avocat au Barreau de Genève, Master of Comparative Jurisprudence, New York University. *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé*. Préface de H. KOFMANN, professeur à la Faculté de Droit de Genève. 1970.
- Tome 113. — MOUREY (J.-L.), docteur en droit, docteur en psychologie et sociologie économiques, diplômé de l'Institut d'Etudes politiques, diplômé de l'Institut de Droit et d'Economie comparés. *Les équilibres socio-psychologiques de la copropriété*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1970.
- Tome 114. — MERON (Y.), docteur en droit. *L'obligation alimentaire entre époux en droit musulman hanéfite*. Préface de Ch. CHEHATA, professeur associé à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1971.

- Tome 115. — MAURICE (R.), docteur en droit, assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lyon, lauréat de la Faculté. *Le commissaire-priseur et les ventes publiques de meubles*. Préface de A. ROBERT, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Lyon. 1971.
- Tome 116. — CRAFFE (M.), docteur en droit, chargée de recherche au Centre national de la Recherche scientifique. *La puissance paternelle en droit anglais*. Préface de R. DAVID, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences politiques de l'Université d'Aix-Marseille. 1971.
- Tome 117. — HAUSER (J.), docteur en droit, lauréat de la Faculté de Droit de Paris, maître de conférences agrégé. *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*. Préface de P. RAYNAUD, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1971.
- Tome 118. — SCHMIDT (A.), docteur en droit. *Les sociétés d'auteurs S.A.C.E.M.-S.A.C.D. - Contrats de représentation*. Préface de H. DESBOIS, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1971.
- Tome 119. — PILLEBOUT (J.-F.), docteur en droit. *Recherches sur l'exception d'inexécution*. Préface de P. RAYNAUD, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1971.
- Tome 120. — CHAMPENOIS (G.), maître de conférence agrégé à la Faculté de Droit et des Sciences politiques de l'Université de Dijon. *Réclamation d'état et revendication d'enfant légitime*. Préface de J. FLOUR, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1971.
- Tome 121. — COUTURIER (G.), agrégé des Facultés de Droit. *La confirmation des actes nuls*. Préface de J. FLOUR, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. 1972.
- Tome 122. — ALTER (M.), maître de conférences agrégé à la Faculté de Droit de l'Université des Sciences sociales de Grenoble, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Beyrouth. *L'obligation de délivrance dans la vente des meubles corporels*. Préface de P. CATALA, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris II. 1972.
- Tome 123. — BAUDRON (A.-M.), docteur en droit. *La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967*. Préface de C. GAVALDA, professeur de droit commercial à l'Université de Paris I. 1972.
- Tome 124. — BOUT (R.), maître de conférences agrégé à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille. *La gestion d'affaires en droit français contemporain*. Préface de P. KAYSER, professeur à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille. 1972.
- Tome 125. — SERLOOTEN (P.), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Limoges, lauréat de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse. *Les biens réservés*. Préface de P. HEBRAUD, professeur à la Faculté de Droit de l'Université des Sciences sociales de Toulouse. 1973.
- Tome 126. — Retiré de la vente.
- Tome 127. — DUPEYRON (Ch.), chargé de cours à l'Université des Sciences sociales de Toulouse. *La régularisation des actes nuls*. Préface de P. HEBRAUD, professeur à l'Université des Sciences sociales de Toulouse. 1973.
- Tome 128. — BENABENT (A.), assistant et chargé d'enseignement à l'Université de Paris X - Nanterre. *La chance et le droit*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à l'Université de Droit de Paris II. 1973.
- Tome 129. — PUECH (M.), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences politiques de Strasbourg. *L'illicéité dans la responsabilité civile extra-contractuelle*. Préface de A. RIEG, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences politiques de Strasbourg. 1973.
- Tome 130. — MICHELET (E.), docteur en droit, maître-assistant à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris. *La règle du non-cumul du possesseur et du pétitoire*. Préface de M. PERROT, professeur à l'Université de Droit de Paris. 1973.
- Tome 131. — BERGEL (J.-L.), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille. *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*. Préface de E. BERTRAND, directeur de l'Institut d'études judiciaires de l'Université d'Aix-Marseille. 1973.
- Tome 132. — BERLIOZ (G.), docteur en droit. *Le contrat d'adhésion*. Préface de B. GOLDMAN, professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris II. 1973.

- Tome 133. — PENNEAU (J.), docteur en médecine, docteur en droit. *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*. Préface de A. TUNC, professeur à l'Université de Paris I. 1973.
- Tome 134. — MARTIN (D.), maître de conférences agrégé. *L'entreprise agricole dans les régimes matrimoniaux*. Préface de J. BEGUIN, professeur à la Faculté de Droit de Rennes. 1974.
- Tome 135. — ROUJOU DE BOUBÉE (M.-E.), docteur en droit, lauréate du concours général des Facultés de Droit (1960 et 1962). *Essai sur la notion de réparation*. Préface de P. HÉBRAUD, professeur à l'Université des Sciences sociales de Toulouse. 1974.
- Tome 136. — POULPIQUET (J. de), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Nice. *La responsabilité civile et disciplinaire des notaires* (de l'influence de la profession sur les mécanismes de la responsabilité). Préface de P.-A. SIGALAS, professeur des Facultés de Droit. 1974.
- Tome 137. — GUERRIERO (M.-A.), docteur en droit. *L'acte juridique solennel*. Préface de J. VIDAL, professeur à l'Université des Sciences sociales de Toulouse. 1975.
- Tome 138. — PIERRE-FRANÇOIS (G.-L.), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit d'Oran. *La notion de dette de valeur en droit civil*, essai d'une théorie. Préface de P. RAYNAUD, professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris. 1975.
- Tome 139. — TEYSSIE (B.), docteur en droit. *Les groupes de contrats*. Préface de J.-M. MOUSSERON, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Montpellier. 1975.
- Tome 140. — CRIONNET (M.), docteur en droit, chargé de cours à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Besançon. *Les droits intellectuels et les régimes matrimoniaux en droit français*. Préface de A. FRANÇON, professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris. 1975.
- Tome 141. — TEMPLE (H.), docteur en droit, assistant au Centre Universitaire de Perpignan. *Les sociétés de fait*. Préface de J. CALAIS-AULOY, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Montpellier. 1975.
- Tome 142. — PAPACHRISTOS (A.-C.), docteur en droit, assistant à la Faculté de Droit d'Athènes. *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*. Préface de J. CARBONNIER, professeur à l'Université de Paris-II. 1975.
- Tome 143. — TOMASIN (D.), docteur en droit, chargé de cours à l'Université des Sciences sociales de Toulouse-I. *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*. Préface de P. HÉBRAUD, professeur à l'Université des Sciences sociales de Toulouse-I. 1975.
- Tome 144. — ROZES (L.), maître-assistant à l'Université des Sciences sociales de Toulouse. *Les travaux et constructions du preneur sur le fonds loué*. Préface de P. HÉBRAUD. 1976.
- Tome 145. — GUINCHARD (S.), chargé de cours à la Faculté de Droit de l'Université Jean-Moulin de Lyon. *L'affectation des liens en Droit privé français*. Préface de R. NERSON, professeur à la Faculté de Droit de l'Université Jean-Moulin. 1976.
- Tome 146. — GENIN-MERIC (R.), docteur en droit. *La maxime locus regit actum, nature et fondement*. Préface de J. VINCENT, professeur à la Faculté de Droit de l'Université Jean-Moulin de Lyon-III. Doyen honoraire. 1976.
- Tome 147. — PATENAUDE (P.), professeur agrégé à la Faculté de Droit de l'Université de Sherbrooke. *La protection des conversations en Droit privé*. Etude comparative des Droits américain, anglais, canadien, français et québécois. Préface de J.-L. BAUDOUIN, professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal. 1976.
- Tome 148. — PETRANKER (L.), docteur en droit de propriété industrielle. *Droit français et droit allemand en matière de brevets concernant la protection de différentes inventions dans le domaine de la chimie*. Préface de A. FRANÇON, professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Paris.

PREFACE

Ma satisfaction est grande de présenter la thèse remarquable que M. Jean-Pierre Gastaud a consacrée à l'étude de la personnalité morale dans ses rapports avec la notion de droit subjectif.

Dans la mesure où la chose est possible sans porter atteinte à la substance de l'ouvrage qui est riche ni déformer la pensée, souvent subtile, de son auteur, je voudrais essayer d'en dégager les grandes lignes : l'idée qui a inspiré M. Gastaud trouve son origine dans le contraste qu'il a perçu entre l'individualisme libéral qui inspire le législateur français et le recours aux techniques collectives que le droit positif contemporain emploie de plus en plus. L'analyse de la relation qui va ainsi s'établir entre l'individuel et le collectif amène l'auteur à se demander dans quelle mesure et sous quelle forme les techniques collectives laissent subsister l'individualisme initial.

On suivra sans difficulté M. Gastaud lorsqu'il énonce que la personnalité morale est un facteur de transformation des droits subjectifs permettant de réaliser leur adaptation à des exigences, notamment d'ordre économique, nouvelles. Mais il a le mérite d'aller plus loin en montrant que cette transformation ne s'opère pas de façon uniforme : cela est normal si on veut bien considérer que la personnalité morale est une technique juridique et qu'à ce titre elle doit s'adapter à la finalité en vue de laquelle elle est employée. La variabilité des effets juridiques attachés au principe de personnification est donc une des idées essentielles de l'ouvrage et elle amène M. Gastaud à distinguer deux grandes catégories de personnes morales :

- les unes qui ont un effet véritablement novatoire, c'est-à-dire dans lesquelles le droit initial dont le membre du groupement était titulaire disparaît pour être remplacé par un droit entièrement nouveau inassimilable aux grands types classiques de droits reconnus (droits réels, droits de créance). L'auteur s'interroge sur la nature du mécanisme par lequel s'opère cette transformation et sur l'intensité de celle-ci : s'inspirant ici d'une idée qu'avait autre-*

fois lancée Emmanuel Lévy, M. Gastaud démontre que cette novation marque la consécration d'un « principe de valeur » se substituant à l'ancien « principe de possession », sans cependant que ce dernier soit totalement éliminé : à preuve les prérogatives qui, à l'occasion, sont reconnues aux membres du groupement personnifié sur des biens dont la personne morale est, et en droit est seule, propriétaire;

- les autres qui, à l'inverse des premières, laissent subsister dans sa nature le droit initial et se contentent de l'aménager collectivement de façon que l'exercice de ses droits par chacun des membres du groupement se fasse dans le respect des droits des autres et des prérogatives reconnues à la personne morale elle-même. Le pouvoir de transformation des personnes morales de ce second type est limité car la personnalité morale a ici pour fonction de permettre et d'organiser la coexistence de droits concurrents et de même nature. D'où il suit qu'on pourra définir les utilités des droits ainsi collectivement aménagés en se référant aux utilités privatives des droits subjectifs classiques. La portée plus limitée de la personnalité morale dans cette deuxième hypothèse laisse cependant place à l'examen de questions importantes : en effet, cet aménagement collectif des droits individuels des membres des groupements suscite des questions délicates tant du point de vue de la procédure (notamment en ce qui concerne la distinction des actions individuelles et des actions collectives : et c'est un des insignes intérêts du travail de M. Gastaud que de comporter une analyse très fouillée de la notion, si controversée, d'intérêt collectif; on sait les incidences que cela peut avoir dans le domaine de la copropriété par appartements ou dans celui du règlement judiciaire et de la liquidation des biens) que du fond (et c'est à cet égard que surgit le problème du pouvoir normatif de la personnalité morale, de la soumission des membres du groupement à une discipline commune et de l'exercice de l'autorité dans un ordre collectif privé).

Si tels sont les grands thèmes qui sont traités dans le présent ouvrage, il reste à indiquer ce qui fait, à la fois, la difficulté et l'originalité de l'œuvre que M. Gastaud a menée à bien. Pour étayer sa démonstration, l'auteur a puisé ses exemples dans les types les plus variés de personnes morales relevant du droit privé : les sociétés (tant civiles, notamment les sociétés de construction, que commerciales) y occupent certes une place importante, mais les syndicats de copropriété, la masse des créanciers dans les procédures collectives de règlement du passif, les associations de la loi du 1^{er} juillet 1901, les groupements d'intérêt économique et les syndicats professionnels y sont également évoqués. Or il ne fait pas de doute que l'ampleur même de la vision ainsi retenue ne pouvait qu'accroître la difficulté de la synthèse tentée, et à mes yeux parfaitement réussie, par M. Gastaud : la difficulté était d'autant plus grande que le droit

positif français octroie plus largement la personnalité morale aux groupements les plus variés et que, pour cette raison, il en limite, voire en méconnaît, assez facilement les conséquences. Nombreux ont été, depuis quelques décennies, les travaux divers consacrés à tel ou tel aspect de la personnalité morale ou à telle ou telle catégorie de personnes morales. Rares, en revanche, ont été les ouvrages d'ensemble depuis la thèse, justement réputée, de Coulombel sur « Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé », éditée en 1951. S'il me fallait situer l'ouvrage de M. Gastaud par rapport à cette œuvre, classique en la matière, je dirais qu'il en est complémentaire : en effet, alors que Coulombel traitait des personnes morales elles-mêmes, M. Gastaud, lui, a conduit son étude en se plaçant délibérément du point de vue des membres des groupements personnifiés (associés, copropriétaires, sociétaires, créanciers dans la masse, etc.).

L'ouvrage de M. Gastaud témoigne de l'aptitude de son auteur à l'analyse juridique : les raisonnements proposés sont vigoureux, les démonstrations fines et minutieuses. Le lecteur pourra, à l'occasion, ne pas partager les vues de l'auteur ou ne pas souscrire à toutes ses conclusions : mais là n'est pas l'essentiel. Ce qui importe, c'est que la thèse défendue par M. Gastaud force à la réflexion. Que l'on adhère aux positions soutenues par l'auteur ou que, sur certains points, on les conteste, on ne peut, en toute hypothèse, le faire à la légère. N'est-ce pas là la marque que son œuvre peut, en provoquant un effort de réflexion, contribuer au progrès de la science juridique ? Enfin — last but not least — M. Gastaud a un style et des qualités de forme très appréciables : les propositions qu'il fait pourront à certains paraître neuves et hardies, elles sont toujours formulées dans une langue classique. Le souci de convaincre laisse transparaître l'art de l'avocat qui connaît son dossier à fond mais, si M. Gastaud sait affirmer avec vigueur ses convictions, il n'en a pas moins l'art de la nuance : ses mérites m'amènent à souhaiter que ce livre marque, pour son jeune auteur, le début d'une brillante carrière universitaire.

JEAN-PIERRE SORTAIS,
Professeur des Facultés de Droit.

RETROUVER L'HOMME DANS CE QUI L'ECRASE

André MALRAUX.

(Les voix du Silence, Gallimard, 1951.)

S O M M A I R E

INTRODUCTION. — *Individualisme et phénomènes juridiques collectifs.*

Section I. — L'évolution de l'individualisme et les transformations des concepts de droit subjectif et de personnalité morale.

Section II. — La personnalité morale technique de transformation des droits.

PREMIÈRE PARTIE

LES PERSONNES MORALES OPERANT NOVATION DE DROIT DROIT D'ASSOCIE ET SYSTEME COLLECTIF

TITRE PREMIER

LE PRINCIPE DE NOVATION ET LA NATURE DU DROIT D'ASSOCIE

CHAPITRE PREMIER. — *La spécificité du droit d'associé.*

Section I. — Ce n'est pas un droit réel.

Section II. — Le droit de l'associé n'est pas un droit de créance.

Section III. — Les contradictions et caractères propres du droit d'associé.

CHAPITRE II. — *Le droit d'associé et le sort de la personnalité morale.*

Section I. — Hypothèses.

Section II. — Observations critiques.

TITRE II

LA DIVERSITE INTERNE DES PERSONNES MORALES OPERANT NOVATION DE DROIT

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — *Manifestations et facteurs de variabilité des effets internes de la personnalité morale.*

Section I. — Les manifestations de la transparence de la personnalité morale.

Section II. — La recherche d'un principe de variabilité.

CHAPITRE PREMIER. — *Droit d'associé et consécration d'un principe de valeur.*

I. — LE SUPPORT DE LA VALEUR DU DROIT D'ASSOCIÉ.

Section I. — Un droit direct contre la société : le droit aux dividendes.

Section II. — Les droits indirects sur l'actif social.

II. — LA RÉALISATION DE LA VALEUR DU DROIT D'ASSOCIÉ.

Section I. — Le principe de valeur implique la libre cession du droit.

Section II. — Contrôle et libre cession des actions.

CHAPITRE II. — *Droit d'associé et survie d'un principe de possession.*

I. — LES PRÉROGATIVES DÉCOULANT DU PRINCIPE DE POSSESSION.

Section I. — Le droit de jouissance.

Section II. — Le droit de retrait.

II. — L'INCIDENCE DU PRINCIPE DE POSSESSION
SUR LE RÉGIME DU DROIT D'ASSOCIÉ.

Section I. — L'influence de l'« intuitus personae » sur le régime du droit d'associé.

Section II. — Le régime des parts de société immobilière d'attribution.

DEUXIÈME PARTIE

LES PERSONNES MORALES LAISSANT SURVIVRE LE DROIT SUBJECTIF DANS SA NATURE

COEXISTENCE DE DROITS SUBJECTIFS ET PERSONNALITE MORALE

TITRE PREMIER

ELEMENT PROCEDURAL DU DROIT DE PERSONNALITE MORALE

CHAPITRE PREMIER. — *L'absence d'interférence entre intérêt individuel et intérêt collectif.*

Section I. — Action individuelle et action collective dans les associations.

Section II. — Action individuelle et collective dans les syndicats.

CHAPITRE II. — *Les interférences entre intérêt individuel et intérêt collectif.*

Section I. — La recherche d'un équilibre entre pouvoir individuel et pouvoir collectif. Les actions individuelles et collectives dans le syndicat des copropriétaires.

Section II. — Le triomphe de l'ordre collectif : les modifications portant sur l'action individuelle du créancier dans la masse des procédures de concours.

Section III. — La notion d'intérêt particulier.

TITRE II

PERSONNALITE MORALE ET ELEMENT SUBSTANTIEL DU DROIT

CHAPITRE PREMIER. — *Le pouvoir normatif de la personnalité morale et les aménagements relatifs à l'exercice du droit.*

I. — LA SYSTÉMATISATION DES CHARGES AFFÉRENTES A L'EXERCICE DU DROIT.

Section I. — Les charges de copropriété.

Section II. — L'obligation aux cotisations dans les syndicats et associations.

II. — L'AUTORITÉ DANS L'ORDRE COLLECTIF.

Section I. — Le pouvoir disciplinaire dans les associations et syndicats.

Section II. — La soumission à la norme collective.

CHAPITRE II. — *Le pouvoir de transformation de la personnalité morale et les aménagements relatifs à la structure du droit.*

Section I. — La transformation du droit envisagée sous son aspect négatif.

Section II. — La transformation du droit individuel envisagée sous son aspect positif.

Section III. — Le problème de la nature du droit aménagé collectivement. De la coexistence des droits à l'intégration des droits.

CONCLUSION.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Art.	Article.
Bull. Cass.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation.
Bull. du Cons. Sup. du Not.	Bulletin du Conseil Supérieur du Notariat.
C. Civ.	Code Civil.
Chron.	Chronique.
Circ.	Circulaire.
Concl.	Conclusions.
D.	Recueil Dalloz et, depuis 1965, Recueil Dalloz-Sirey.
D.A.	Recueil analytique Dalloz.
D.C.	Recueil critique Dalloz.
D.P.	Recueil périodique et critique Dalloz.
Ed.	Edition.
Form.	Formule.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
Gaz. Trib.	Gazette des Tribunaux.
J.	Jurisprudence.
J. Classeur	Jurisclasseur.
J.C.P.	Jurisclasseur Périodique (La semaine juridique).
J.C.P. éd. Not. ...	Jurisclasseur Périodique, édition notaires.
J.O.	Journal Officiel (Lois et décrets).
Jour. Not.	Journal des Notaires.
J. Soc.	Journal des Sociétés.
Obs.	Observations.
Ord. ou Ordon. ..	Ordonnance.
Rapp.	Rapport.
Rép. Def. ou Rép. Gén. Not.	Répertoire général du Notariat Defrenois.
R.S.C.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé.
R.T.D. Civ.	Revue trimestrielle de droit civil.

R.T.D. Co.	Revue Trimestrielle du Journal Commercial.
Rev. Soc.	Revue des Sociétés.
S.	Sirey.
Som.	Sommaire.
T.	Tome.
Trib. Civ.	Tribunal Civil.
Trib. Com.	Tribunal de Commerce.
T.G.I.	Tribunal de Grande Instance.
Vol.	Volume.

INTRODUCTION

INDIVIDUALISME ET PHENOMENES JURIDIQUES COLLECTIFS

1. — Issu du rationalisme philosophique et du libéralisme économique du début du XIX^e siècle, le système juridique contemporain, qui reste dépositaire de l'individualisme classique, consacre cependant de façon croissante le recours à des techniques collectives.

L'énoncé de cette contradiction révèle la mutation interne de notre ordre juridique qu'a engendré la réalisation de ses vertus originelles.

Car si le principe individualiste est demeuré constant, et domine de nos jours encore la dynamique du système, en revanche, sa substance, son contenu, se sont transformés. A l'absolutisme idéal des origines s'est substituée une sorte de pragmatisme relativiste.

C'est dans la réalité économique et sociale qu'il faut rechercher les causes de ce changement (1).

Le passage progressif d'une économie d'épargne — à dominante agricole — à une économie de consommation — à dominante industrielle et commerciale (2) —, a suscité de nouvelles définitions des notions fondamentales du droit privé classique : la personnalité et les biens.

2. — Ainsi, s'il est incontestable que le concept de sujet de droit, comme celui de droit subjectif qui lui est intimement lié, restent au

(1) Cf. la remarquable étude qu'a consacré Pierre CATALA à *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, R.T.D., Civ. 1966, p. 185 et s.

(2) CATALA, *op. cit.*, p. 187, n° 2.

centre de notre ordre juridique (3) en dépit des efforts de l'école positiviste pour en démontrer l'inexistence (4), il n'est pas moins vrai que leur signification n'est pas celle qu'on leur conférerait à l'époque de leur élaboration.

L'approche statique et formelle de ces notions *élémentaires*, qui caractérisait le raisonnement juridique classique, laisse la place à une analyse plus dynamique et plus réceptive aux données du réel. Le libéralisme n'est pas mort, il a pris un nouveau visage, il plonge ses racines dans d'autres fondements et s'exprime par d'autres procédés.

Ainsi, est-on passé d'un individualisme principalement « volontariste » et exclusif d'institutions véritablement collectives, à un individualisme plus « utilitariste » étroitement dépendant en revanche de ce genre d'institutions.

On le conçoit, en tant que le droit subjectif est une émanation de l'individualisme classique, et que la personnalité morale apparaît le plus souvent comme la plus élaborée des techniques collectives, l'étude de la signification de la relation positive qui s'établit entre chacun de ces concepts et au-delà de leur influence mutuelle (Section II) implique que soit, au préalable, retracée leur évolution respective, ou plus précisément, dégagée l'influence qu'a exercé sur eux et leurs rapports le changement de la perspective individualiste (Section I).

SECTION I

L'ÉVOLUTION DE L'INDIVIDUALISME ET LES TRANSFORMATIONS DES CONCEPTS DE DROIT SUBJECTIF ET DE PERSONNALITÉ MORALE

3. — Si l'on se place d'un point de vue historique, on constate qu'au dépérissement de la conception première du droit subjectif correspond l'avènement puis l'affinement de la théorie de la personnalité morale qui, elle-même, n'a pas été sans influence sur l'approche contemporaine des droits.

(3) DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz éd., 1952, Paris. — COING, *Signification de la notion de droit subjectif en question*, Archives de philosophie du droit, tome IX, 1964, p. 1 et s. — MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, tome I, éd. 1972, n° 137, p. 255 et s., et n° 140, p. 260. — MICHAELIDES NOUDROS, *L'évolution récente de la notion de droit subjectif*, R.T.D. Civ. 1966, p. 216.

(4) DUCUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 2^e édition, 1921.

§ 1. — L'individualisme exclusif des phénomènes juridiques collectifs :

La théorie classique du droit subjectif.

4. — Ce qui frappe dans la pensée libérale des origines, c'est la parfaite *cohérence* et la totale complémentarité qui existent entre la notion de personnalité juridique, uniquement attribuée aux personnes physiques — à l'exception de l'État — et le droit subjectif que l'on envisage alors comme le moyen de réaliser dans l'ordre social la liberté individuelle (5).

Il en est tant ainsi que l'on a pu considérer que la personnalité du titulaire du droit doit contribuer à la définition du droit lui-même. Celui-ci a donc *pour essence la volonté de l'homme et pour fin sa liberté*. Aussi bien les droits sont davantage déterminés par l'absolutisme du pouvoir individuel qu'ils renferment que par leur objet; justifiant la propriété, Hegel, dont le système de droit repose pourtant sur le « culte de l'État » et la négation du droit naturel (6) n'en écrit pas moins : « que la personne doit se donner une sphère extérieure pour la liberté » (7).

La codification napoléonienne reste fondamentalement fidèle à cette conception subjectiviste, monolithique. Est-il besoin de dire qu'elle est par essence incompatible avec l'accueil de mécanismes collectifs (8). Sans doute observera-t-on que dès 1804, le Code civil connaît le contrat de société, mais l'analyse de son régime laisse entrevoir que dans l'esprit de ses rédacteurs, il se présente davantage comme une coexistence d'individualités que comme une communauté véritable, impliquant une intégration du droit de chacun des associés. *A fortiori*, le problème de la personnification du groupement ne se pose-t-il pas.

5. — Il est remarquable que l'essor industriel qu'a favorisé l'ordre individualiste primitif ait fait apparaître ses carences.

La réaction qui se produit en doctrine, sur la fin du siècle dernier, bien que se manifestant avec une vigueur variable et qu'empruntant des raisonnements différents selon les écoles, témoigne cependant d'un même souci : adapter les moyens juridiques aux préoccupations *sociales et économiques* du moment.

(5) BATIFFOL, *La Philosophie du Droit*, P.U.F, 1962, p. 23. — COING, *op. cit.*, janvier. — MASPETIOL, *L'ambiguïté du droit subjectif*, p. 71. — MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, tome I, p. 25, n° 73.

(6) MARTY et RAYNAUD, *op. cit.*, p. 27, n° 14.

(7) HEGEL, *Principe de la philosophie du droit*, Edition Gallimard, 1940, Collection idée, p. 88, *La propriété*, n° 4.

(8) La Loi LE CHAPELIER, 14, 17 juin 1791, illustre cette observation.

— Dénonçant l'égalité abstraite et formaliste du principe individualiste, les auteurs socialistes soulignent les injustices qu'il engendre. Il est source d'arbitraire et fait du droit subjectif un instrument d'oppression d'autant plus puissant que son exercice est, par hypothèse, à l'abri de toute responsabilité. Ils entreprennent alors de nier les concepts « subjectivistes » préférant leur substituer la notion de « situation juridique » élément d'un système dominé par la norme objective (9).

— Sans aller aussi loin dans la critique, une école, pour demeurer fondamentalement respectueuse du libéralisme, propose cependant une définition nouvelle du droit subjectif, *plus concrète*, puisqu'il s'agit de l'identifier, non plus à la volonté de son titulaire, mais à son intérêt. Il est, selon la formule fameuse de Ihering : « un intérêt légitime juridiquement protégé ». L'approche du concept n'a plus le même point de départ. L'essence du droit réside dans son contenu, dans son utilité.

Il n'entre pas dans le champ de notre étude de décomposer les éléments de chacune de ces théories, ni de porter un jugement quant à leur valeur respective. On observera seulement que sous leur influence concurrente, — encore que la doctrine de Ihering ait été la plus marquante —, le droit positif, sans abandonner le principe individualiste, l'a formulé en des termes nouveaux. Animé par un plus grand pragmatisme, il s'est orienté vers un déclin de l'absolutisme des concepts premiers.

Le développement de la théorie de l'abus de droit (10), l'essor de la notion d'ordre public économique (11) sont autant de signes de ce changement. Il n'est pas étonnant que ce soit à cette même époque que disparaisse l'hostilité initialement manifestée à l'égard des institutions collectives.

Les relations de type collectif ne sont plus seulement reçues comme une limite à la plénitude du droit subjectif, mais aussi comme un moyen efficace de le réaliser.

Il est logique, dans ces conditions, que simultanément s'élabore la théorie de la personnalité morale.

(9) DUGUIT, *L'Etat, le Droit objectif et la loi positive*, Traité de droit constitutionnel, 2^e édition, 1921 ; *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1912. — JOSSERAND, *De l'esprit des droits et leur relativité*.

(10) JOSSERAND, *De l'esprit des droits et leur relativité*, op. n° 216. — RIPERT, *De la règle morale*. — PIROVANO, *La fonction sociale des droits*. Réflexion sur le destin de la théorie JOSSERAND, D. 1972.67.

(11) FARJAT, *L'ordre public*, L.G.D.J., 1963. — MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, 1953. — RIPERT, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, Etudes GENY.

§ 2. — L'individualisation des phénomènes juridiques collectifs :

La théorie classique de la personnalité morale.

6. — Il n'est pas nécessaire, dans le cadre de l'évolution ici retracée, et compte tenu de son objet, de reprendre les arguments avancés par les différentes écoles, relativement à la nature de la personnalité morale. Rappelons cependant qu'aux tenants de la *fiction* (12) pour qui seules les personnes physiques sont en elles-mêmes, sujet de droit, et qui donc considèrent que l'attribution de la personnalité juridique à un groupement de personnes ou de biens ne peut résulter que « d'une faveur accordée par la loi » (13) s'opposent les partisans de la *réalité*. Aux yeux de ces derniers, la personnalité morale s'impose à la loi ; « les relations juridiques s'établissent non seulement entre les hommes, mais encore entre entités qui ont une "vie autonome de leurs composants" (14) ; étant précisé, toutefois, que des divergences, se font jour quant au critère de la "réalité" susceptible de justifier la personnification : il réside pour certains dans l'existence d'une volonté collective, pour d'autres dans celle d'un centre d'intérêt distinct des intérêts individuels (15) ; enfin, des auteurs s'orientent vers une référence d'ordre sociologique (16), une organisation structurée permettant de reconnaître selon eux, un corps social perdurable » (17).

On ne saurait, bien évidemment, sous-estimer l'importance considérable de ces apports doctrinaux qui ont contribué de façon décisive à l'élaboration d'un concept qui apparaît, aujourd'hui, d'autant plus indispensable (18) à la vie juridique que la loi et la jurisprudence en ont étendu le champ d'application de façon croissante (19).

(12) Cf. notamment LAURENT, *Droit civil*, tome I, n° 287-288.

(13) MICHOD, *La théorie de la personnalité morale*, 3^e édition, par TROTABAS, p. 17.

(14) CARBONNIER, *Droit civil*, tome I, p. 252.

(15) MICHOD par TROTABAS, *op. cit.*, p. 116 et s. — COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Thèse Nancy, 1950, p. 33 et s.

(16) HAURIU, *Précis de droit administratif*, 3^e édition, Paris, 1907 ; *Principe de droit public*, 1^{er} édit. Paris, 1910, sp. p. 81.

(17) J.A. BRODERICH, *La notion d'institution de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif* in Archives de philosophie du Droit, tome XIII, 1968.

(18) COUPET, *L'action en justice des Personnes morales de droit privé*, Thèse Aix, 1974.

(19) Cass. Civ. 2^e, 28 janvier 1954, D. 1954.217, note LEVASSEUR ; Com. 17 janvier 1956, J.C.P. 1956.I.9601, note GRANGER ; *adde* loi du 10 juillet 1965 qui confère la personnalité morale au Syndicat des copropriétaires ; ordonnance du 22 septembre 1967 créant les groupements d'intérêt économique.

Mais dans l'optique de la démonstration ici entreprise, mieux vaut insister sur le *contenu* que l'on donnait à l'époque à la notion de personnalité morale.

7. — Or, il est intéressant de noter que de ce point de vue, les désaccords précédemment exposés tendent à s'estomper. En effet, qu'ils soient partisans de thèse de la fiction ou de celle de la réalité, les auteurs classiques, moyennant un raisonnement d'une rigoureuse orthodoxie, considèrent que la personne morale est un sujet de droit à part entière; plus précisément, ils estiment que la personnalité juridique des groupements doit être totalement assimilée à celle des personnes physiques. « La théorie de la personnalité morale formulée au début du *xx*^e siècle, écrit Paul Durand, reposait sur trois propositions étroitement liées les unes aux autres. Dans son individualité, la personnalité morale apparaissait comme un sujet de droit de *même nature* qu'une personne physique. Dans les rapports juridiques, elle était titulaire de droits et d'obligations identiques à ceux des personnes physiques. Elle se présentait enfin comme un être nouveau entièrement distinct des personnes physiques qui l'avaient constituée » (20).

Autrement dit, c'est l'individualisme libéral des origines avec toute sa vigueur qui est ainsi rapporté à l'être moral. Il est vrai, la théorie de la *réalité* traduit, mieux que celle de la fiction, cette vue des choses, mais on ne peut solliciter à l'excès leur différence; fondamentalement, leurs conséquences sont identiques.

Il est alors singulier de constater que la pensée juridique ne s'est pas libérée des concepts et raisonnements traditionnels et qu'elle n'accueille les situations nouvelles qu'en s'y référant. Si bien que l'on applique à des relations originales des notions dont la logique participe d'un ordre économique et philosophique dépassé. Il existe une sorte de « décalage » entre ces exigences réelles du moment et les instruments juridiques auxquels on recourt pour y répondre. C'est dans ce hiatus que se trouve, comme nous le verrons, le germe de la théorie contemporaine de la personnalité morale.

Il est paradoxal, encore que naturel, que l'avènement des groupements dans l'ordre juridique résulte de leur personnification, alors que la personnalité juridique se présente comme la manifestation la plus évoluée de l'individualisme.

La personnalité juridique des personnes morales, comme celle des personnes physiques, estime-t-on alors, est *une* et ses effets sont *invariables*. Sans doute est-ce là un principe efficace pour insuffler à l'entreprise collective une énergie qui lui soit propre. Mais pour être féconde de ce point de vue, cette conception, totalement individualis-

(20) DURAND, *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, in *Mélanges Ripert*, p. 138 et s., sp. p. 140, n° 2.

te, est également source de danger parce qu'elle fait de la personnalité morale *une fin en soi* alors qu'elle n'est qu'un *moyen*.

Comme on le voit, la pensée juridique classique a suivi un itinéraire dont les étapes successives apparaissent contradictoires :

— Dans une première phase en effet, — nous l'avons souligné — elle condamne toute restriction portée à la plénitude des droits subjectifs et, dès lors, marque sa défiance à l'égard des phénomènes collectifs.

— Dans une seconde phase, en revanche, et à partir d'un même principe libéral, elle octroie à certains groupements, la personnalité juridique, avec des pouvoirs tellement étendus qu'ils portent atteinte à l'individualisme qui constitue pourtant le fondement même de sa logique.

La conséquence de cette analyse est de conférer à la personnalité morale une totale *autonomie* par rapport à ses membres. *Son aspect interne et son aspect externe sont, en quelque sorte, confondus*. Les associés, bien qu'ayant une condition particulière, ne s'en trouvent pas moins avec la personne morale, dans une relation de même *nature* que celle qu'elle a avec les tiers. Elle est donc un bloc sans faille qui présente, d'où qu'on l'observe, le *même profil*.

Mais la rigueur du principe conduit, à l'égard des créanciers, à diluer la responsabilité des animateurs de l'entreprise collective, puisqu'il a pour effet de « substituer la responsabilité de la personne morale à celle des associés » (21). Tandis qu'à l'égard des associés eux-mêmes, il est susceptible de provoquer « l'écrasement » de leurs droits (22) et cela parce qu'il implique que la volonté collective s'impose sans réserve aux volontés individuelles.

Il y a donc, dans la mesure où l'on attribue à la personnalité morale la plénitude des prérogatives de la personnalité juridique, un risque d'oppression qu'il est malaisé d'éviter. Il n'est pas demeuré idéal. Ripert n'a-t-il pas dénoncé « ces monstres » (23) que sont devenues les sociétés anonymes, tellement plus puissantes que les personnes humaines auxquelles on prétendait les assimiler. Ainsi, il fut un temps où les associés furent démunis de moyens de défense réels au sein de la société, ils subissaient l'ordre collectif plus qu'ils ne le contrôlaient.

La prise en considération des abus, que favorisait ainsi l'application systématique de règles d'inspiration individualiste, a suscité un mouvement législatif et jurisprudentiel, ayant pour objet d'y mettre un terme. Par l'effet d'un certain affinement de la conscience

(21) VEAUX, *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales*, Rennes, 1947.

(22) DAVID, Rapport général in *La Personnalité morale et ses limites*, p. 8. Travaux de l'institut de droit comparé de Paris, L.G.D.J., 1960.

(23) *Aspects du capitalisme moderne*, p. 77, n° 32.

juridique qui, tout en étant plus concrète, essaie d'être socialement plus juste, et source de plus de sécurité, le principe de personnification a perdu sa force initiale.

8. — Il est fréquent aujourd'hui de montrer qu'il existe des limites à la personnalité morale, et que dans des circonstances propres au droit des sociétés, réapparaît la personne des associés, phénomène connu sous le nom de « transparence » (24). Mais on peut se demander s'il n'est pas insuffisant de parler uniquement de « limite », terme qui recèle, dans une certaine mesure, la persistance de la conception traditionnelle de la personnalité morale.

Or, ce qui frappe, à l'examen du droit positif, c'est qu'à la multiplication des groupements, dotés de la personnalité juridique, correspond la *variété* des effets de celle-ci qui peuvent être, selon les cas, plus ou moins étendus (25).

C'est dire que sous l'influence de facteurs multiples, on est conduit à *diversifier*, dans des conditions spécifiques à chaque personne morale, le contenu même de sa personnalité. C'est nécessairement sa définition qui se trouve être, de cette façon, remise en question. On se détache de cet « anthropomorphisme instinctif » qu'évoquait un auteur (26). Il devient évident qu'il existe une profonde différence de nature entre la personnalité juridique des personnes physiques et celle des groupements (27).

Il ne faut plus, en effet, voir dans la personnalité morale qu'une « technique dont les juristes font usage pour grouper et justifier certaines nécessités qui s'imposent à eux » (28). Il reste, cependant, à s'interroger sur le *sens* et la fonction de cette technique. C'est ici que la théorie de la personnalité morale rejoint celle du droit subjectif.

(24) Cf. notamment AUDINET, *Personnes morales et personnes physiques dans les sociétés de commerce*, Thèse Aix, 1950. — CHAUVÉAU, *Les abus de la personnalité morale des sociétés*, R.G.D. Co., 1938, p. 397 et s. — HAMEL, *La personnalité morale et ses limites*, D. 1949, ch. 141. — HAMIAUD, *La transparence fiscale et juridique des sociétés est-elle une amorce du déclin de l'idée de personnalité morale*, S. 1964, ch. p. 4. — HOUIN, *Les fictions en droit civil*, Travaux de l'association Henri Capitant, Institut de droit comparé de l'université de Paris ; *La personnalité morale et ses limites*, Ouvrage collectif, L.G.D.J., 1960. — Issa SAYEG, *Les fictions en droit privé*, Thèse Dakar, 1968. — V. JAUFFRET, *La transparence civile et la protection des associés d'une société de construction*, J.C.P. 1967.I.2065. — VERRUCOLI, *Il superamento della personalità Giuridica*, Guffrè edit., Milan.

(25) HOUIN, *Perspectives et réalités*, pp. 110 et 114.

(26) CARBONIER, *Droit civil*, tome I, p. 251, n° 75.

(27) C. JAUFFRET, *op. cit.*

(28) HAMEL, *La personnalité morale et ses limites*, *op. cit.*, *ibidem*.

participe probablement *tout à la fois de la volonté et de l'intérêt* (31) ; mais c'est la finalité de cette volonté et la substance même de l'utilité qui se sont modifiées. Si bien que l'on peut dire que si le droit subjectif reste constant dans son principe, les droits subjectifs ont changé dans leur contenu, ou, pour reprendre la formule employée par deux auteurs, dans leur « support » (32).

10. — Tantôt, ces transformations procèdent directement de la norme objective, la loi et la jurisprudence concourant à la création de nouvelles catégories de droits (33).

— Tantôt, en revanche, elles sont le résultat d'un procédé indirect. C'est l'aménagement des droits individuels par le recours à des techniques collectives. C'est qu'en effet, la recherche d'utilités nouvelles implique qu'une plus grande place soit faite au collectif. Le nombre est, en quelque sorte, une condition à la qualité. Car les simples forces individuelles sont insuffisantes pour permettre la large production de biens que suppose une économie de « consommation » mais aussi à un degré moindre il est vrai, leur acquisition et leur conservation (34).

Le rassemblement de ces forces rend possible la réalisation des virtualités du patrimoine. Cependant, les mesures destinées à répondre aux exigences propres au groupement affectent, certes, à des degrés variables selon les cas, mais *nécessairement* le droit primitif de ses membres. Il importe alors de souligner que ce processus n'est pas univoque ; au vrai, aux atteintes portées aux caractères initiaux du droit subjectif correspond symétriquement l'apparition de vertus individuelles nouvelles, plus adéquates aux impératifs de l'ordre économique et social contemporain.

11. — Cette double modification est d'autant plus énergique que le groupement est personnifié. C'est ici qu'apparaît la richesse et la complexité du principe de personnalité morale. Il convient d'en décomposer les éléments afin de mieux cerner l'objet de notre étude et le sens de la démonstration entreprise.

La profonde originalité de la technique de personnification procède, à notre sens, de la dualité de ses fonctions qui pour être liées entre elles, n'en conservent pas moins une certaine indépendance.

En effet, si, du point de vue *externe*, elle est un mode d'expression collective — ce que signifie la règle de l'assimilation des per-

(31) SALEILLES, *De la personnalité juridique*, Paris, 1910, sp. p. 543. — IONESCU, *La notion de droit subjectif*, Paris, 1931. — SORTAIS, *Le titre et l'émolument*, L.G.D.J., 1961, sp. pp. 1 et 2.

(32) MARTY-RAYNAUD, tome II, 2^e volume, *Les biens*, p. 10 et s., et n° 3 et s.

(33) CATALA, *op. cit.*, sp. p. 198 et s., n° 18 et s. — SAVATIER, *Les Métamorphoses*, 1959, sp. p. 108 et s., n° 437 et s.

(34) BERTRAND, *De l'ordre économique à l'ordre collectif*, Mélanges Ripert, p. 160.

sonnes morales aux personnes physiques — du point de vue *interne*, elle apparaît *d'avantage* comme un *procédé* privé d'adaptation et donc de transformation des droits individuels.

C'est ce deuxième aspect, au moins aussi important que le premier, et qui constitue en tout cas, à notre sens, l'apport le plus original du droit positif à la théorie de la personnalité morale, qui nous retiendra.

Il paraît vain, en effet, de nos jours de considérer comme le faisait le Doyen Rousseau, que la personnalité morale ne peut exister que dans les rapports avec les tiers (35). Mais on ne saurait non plus, à l'inverse, partager l'opinion émise par la plupart des auteurs classiques, selon laquelle, l'associé se trouverait avec la personne morale dans une relation, si ce n'est *parfaitement* identique, au moins de même nature que celle qu'elle entretient avec les tiers.

Dès lors, s'il est *incontestable* que la personnalité morale développe des effets *internes*, il ne semble pas possible de les ramener dans leur *totalité* au principe traditionnel de personnification. A vrai dire, il paraît que la personnalité morale n'est plus exclusivement *sujet de droit*, mais qu'elle tend à être également considérée comme *objet de droit*.

Le terme même de « technique » juridique employé par l'ensemble de la doctrine moderne, ne révèle-t-il pas dans une certaine mesure une « objectivisation » du concept ? Or, chacune de ces qualités exerce sur l'autre une influence de sens opposé, ce qui confère à la personnalité morale ses caractères propres.

Sans doute est-elle sujet de droit, mais sa personnalité juridique ne peut plus, de nos jours, être pleinement assimilée à celle des personnes physiques (36). Cette dernière est indivisible. Elle est l'image de l'homme projetée dans l'ordre juridique; c'est de cette finalité qu'elle tire son unité qui a une valeur philosophique autant que juridique. Elle assure le respect de l'égalité des hommes devant la loi. La personnalité juridique des personnes morales est, quant à elle, uniquement fonctionnelle; bien plus que son fondement, ce sont ses conséquences pratiques qui importent ici, alors que la personnalité des êtres humains est composée d'un faisceau de prérogatives indissociables constituant un tout homogène, et cela en raison de sa signification même, la personnalité juridique des personnes morales est « éclatée » chaque élément qui la compose est pris « *ut singuli* » comme ayant valeur technique propre.

Quelques exemples illustreront cette analyse. La personnalité morale implique la capacité, mais elle ne peut être assimilée, dans

(35) ROUSSEAU, Note sous trib. corr. de Montbrison, 28 mars 1934, S. 1934.2. 152; *adde* cependant DELHAY, *La nature juridique de l'indivision*, L.G.D.J., 1968.

(36) DURAND, *op. cit.*, in *Mélanges Ripert*. — COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Nancy, 1950.

ses origines pour le moins, à celles des personnes physiques. L'identité ne se vérifie qu'au niveau de ses effets. Elle favorise la vitalité de l'action collective, mais elle n'est qu'un procédé dont la force et l'étendue sont limitées par l'objet de la personne morale.

Les associations régies par la loi de 1901 ont, à cet égard, une valeur exemplaire puisque l'étendue de leur capacité variera selon qu'elles seront ou non déclarées d'utilité publique (37).

De plus, la capacité propre du groupement peut être plus ou moins *dépendante* de celle des membres qui le composent, ou de leur volonté. Un même raisonnement nous semble devoir être appliqué à l'ensemble des attributs de la personnalité juridique.

Il existe ainsi des personnes morales qui ne jouissent d'aucune dénomination (38) parce qu'elle est inutile au but qui leur est assigné; certaines pour lesquelles la dénomination se confond avec la détermination de leur domicile pour les besoins de la procédure (39); d'autres enfin qui laissent apparaître dans leur dénomination le nom de leurs membres.

De la reconnaissance de la personnalité juridique, on tire encore le principe de l'autonomie des patrimoines lequel n'est « que le reflet sur le terrain économique de l'individu » (40). Mais le principe du lien entre la personne et le patrimoine ne recouvre pas le même contenu en matière de personnalité morale. *C'est de son utilité qu'il s'agit et non de sa signification.* Il permet à une masse de biens donnée d'acquérir un mouvement propre afin que, selon le cas, les droits individuels relatifs à ces biens se maintiennent dans leur intégrité ou augmentent dans leur valeur.

Dans ce sens, c'est avec raison que l'on a pu voir dans la personnalité morale qu'« un moyen d'affectation du patrimoine » (41), idée à laquelle notre droit est traditionnellement hostile. Mais la personnalité morale n'est pas uniquement cela, car l'autonomie du patrimoine et son contenu seront diversifiés en fonction de la finalité assignée au groupement. A partir de là, on peut expliquer les incertitudes qui ont alimenté le débat relatif au patrimoine de la masse des créanciers (42).

Il semble donc que la personnalité morale se présente comme un sujet de droit doué d'une personnalité juridique inachevée ou plus

(37) Art. 6, loi 1^{re} juillet 1901. Loi 23 juin 1948.

(38) Masse de la faillite.

(39) Dénomination habituellement donnée aux copropriétés.

(40) WEILL, *Droit civil*, tome I, p. 245, n° 306, évoquant la conception classique du patrimoine.

(41) PERCEROU (R.), *La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation*, Paris, 1951.

(42) GRANGER, note S. com., 17 janvier 1956, J.C.P. 1956.II.9601. — HOUIN, note sous même arrêt, D. 1956.I.265. — LUCAS, *Le patrimoine de la masse des créanciers*, R.T.D. Co. 1969.891; *adde* en jurisprudence. Com. 16 mars 1965, D. 1966.63; R.T.D. Co. 1965, p. 660, n° 25, obs. HOUIN.

précisément incomplète dont on recherchera d'abord l'utilité fonctionnelle des éléments isolés sur le double terrain du droit et de l'économie, compte tenu de son objet et de sa finalité elle-même.

12. — Il faut donc abandonner l'idée de l'unité de la personnalité morale. Elle ne donne plus une image fidèle de la réalité. Il existe, au contraire, une grande diversité de groupements personnifiés obéissant chacun à des impératifs propres, répondant à des besoins spécifiques qui réagissent sur leur régime. A vrai dire, de la variabilité du contenu du concept de personnalité morale, il faut induire que sur le plan théorique les caractères particuliers à chaque personne morale paraissent désormais au moins aussi significatifs que les traits communs. Car c'est en les prenant pour référence que l'on peut saisir le lien qui unit les deux aspects de la personnalité morale.

A l'évidence, en effet, les pouvoirs qui lui sont reconnus, en tant que sujet de l'ordre juridique, ne s'expliquent et ne se justifient que compte tenu de sa fonction interne qui est d'être un procédé juridique, ayant pour objet de transformer et d'adapter les droits subjectifs à un milieu économique et social par nature fluctuant.

En cela, elle est devenue une technique « objectivée » de droit dont l'efficacité reste cependant étroitement dépendante de l'étendue et de la force des prérogatives de la personnalité juridique qui lui sont attribuées.

13. — A partir de là, il est possible de délimiter avec exactitude le champ de notre recherche. Il ne s'agit pas, tout d'abord, d'envisager la totalité des rapports qui s'établissent entre les différentes personnes morales et leurs membres (43), ni de tenter d'élaborer une théorie sur l'ensemble des droits individuels dont sont titulaires les membres des groupements personnifiés, mais de centrer notre analyse sur le *pouvoir modificateur de droit de la personnalité morale*.

Entendons : l'adhésion à un groupement personnifié implique pour son auteur deux séries de conséquences qui sont le plus souvent confondues, mais que l'on peut dissocier, car elles participent d'une logique juridique différente. En effet, elle suppose : d'une part, qu'il entre dans une collectivité, d'autre part, que la personnalité juridique de cette collectivité affecte ses droits individuels.

C'est que la personnalité morale peut être dissociée de l'état de groupement qui, sans doute, la sous-tend le plus fréquemment, mais non pas de façon systématique. Cela est si vrai qu'en dehors, de l'exemple des sociétés nationales qui n'ont qu'un associé : l'État, on peut encore citer, dans le domaine du droit privé, l'hypothèse prévue par l'article 9 de la loi du 24 juillet 1966, aux termes duquel n'est

(43) OPPETIT, *Les rapports de la personne morale et de ses membres*, Thèse Paris, 1965.

pas dissoute de plein droit la société dont les parts sont pourtant réunies en une seule main (44) ; tout aussi révélatrices sont d'ailleurs les controverses doctrinales relatives à l'admission de la société unipersonnelle (45).

Aussi bien cette distinction apparaît-elle capitale, s'agissant des droits dont peuvent se prévaloir les membres d'un groupement personnifié.

Certains d'entre eux procèdent de *l'état de groupement* et non pas du principe de personnification. Le droit de prendre part aux décisions collectives, le droit de vote, le droit à l'information, les actions individuelles contre le groupement, ou à vocation collective, en sont autant d'illustrations.

A vrai dire, ils sont en quelque sorte, l'expression formalisée et juridique du comportement individuel des personnes au sein d'une collectivité qu'a révélée la théorie sociologique de la « dynamique des groupes » (46).

Ils ne nous retiendront pas à *titre principal*. Non pas qu'il faille en sous-estimer la grande importance ; ils sont le moyen pour l'individu de résister à la pression collective. Et c'est à partir de ces droits que la doctrine, par de remarquables travaux, a pu élaborer et affiner la théorie des minorités dans les groupements de droit privé (47).

Mais quelle que soit leur importance, ils sont toujours revêtus d'un caractère *relatif* ; en ce sens que leur fonction n'a pas de signification intrinsèque constante, mais qu'elle se définit par rapport à la finalité et à l'objet du groupement (48), et donc, lorsqu'il est personnifié, indirectement par rapport à la modification qu'opère la personnalité morale sur le droit primitif de ses membres.

Il n'est pas étonnant que ce soit au sein de la société anonyme où le pouvoir interne de la personnalité morale est le plus fort que l'on ait vu se multiplier, et devenir plus efficaces, ces droits des mino-

(44) Sur ce pl. sp. l'article de Daniel BASTIAN, *La réunion de toutes les actions d'une société entre les mains d'une seule personne*, J. Soc. 1933.65.

(45) HEMARD, *La société d'une seule personne*. Etude de droit contemporain, 1966, tome XXX, p. 267. — GRISOLI, *La Società con solo socio*, C.E.D.A.M., édition 1971, qui évoque les différentes législations reconnaissant la société unipersonnelle. — SORTAIS, *La société unipersonnelle in Mélanges Bastian*, 1974.

(46) J. MAISONNEUVE, *La dynamique des groupes*, P.U.F., 1970, sp. p. 64, traitant de la prise de décision collective.

(47) Cf. note CHOUKROUN, *Les droits des associés non gérant dans les S.A.R.L.* — CHESNELONG, *Le droit de vote dans les assemblées générales*. — DAVID, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, Paris, 1928. — DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, thèse précitée, sp. 138, n° 136. — HEURTEUZ, *L'information des actionnaires et des épargnants*, Sirey. — NOIREL, *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*, Ed. tech., 1958, p. 150, n° 203 et s. — ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, L.G.D.J., 1961, sp. p. 91 et s. — SCHMIDT, thèse précitée.

(48) Dans les observations qu'il a formulées sous l'arrêt de la Cour de Rennes, 15-3-1967, le professeur DERRIDA a montré qu'il ne fallait pas solliciter à l'excès la distinction droit pécuniaire et droit non pécuniaire de l'associé, J.C.P., 1967.II.15204.

ritaires. Aussi serons-nous nécessairement amenés à les évoquer mais de façon accessoire.

Car ils ne sont que l'aspect secondaire de l'avènement d'un nouvel individualisme, procédant d'une technique collective élaborée, dont l'aspect principal réside dans la transformation par la personnalité morale des droits subjectifs classiques.

SECTION II

LA PERSONNALITE MORALE TECHNIQUE DE TRANSFORMATION DES DROITS

14. — La force du pouvoir interne de la personnalité morale se mesure à l'étendue de la transformation qu'elle opère sur le droit primitif de ses membres. Or, cette transformation est fonction de sa finalité légale. Celle-ci, qui est sa raison d'être, est elle-même définie par référence aux intérêts privatifs. En sorte qu'il n'est pas inexact de dire que, technique le plus souvent collective, la personnalité morale n'en conserve pas moins, dans tous les cas, une finalité individuelle.

L'antinomie, que recèle ainsi l'action réciproque de la fin et des moyens, doit cependant permettre d'éclairer les mécanismes propres à chaque groupement personnifié. Ce rapport, dynamique et conflictuel, qui est générateur de données juridiques nouvelles, tend, en toute hypothèse, à la recherche d'un équilibre instable et destiné à se modifier sous la pression des besoins.

C'est que la finalité individuelle qui sous-tend le pouvoir modificateur de droit de la personnalité morale, en fixe également la limite.

§ 1. — La finalité individuelle justifie le pouvoir interne de la personnalité morale.

A. — LA NOTION DE FINALITÉ INDIVIDUELLE.

15. — La finalité juridique doit d'abord être distinguée de la finalité économique et sociale. Cette dernière se trouve à l'origine de la première et la renferme. Elle est donc plus large et d'un contour moins précis. L'ordre économique est soumis à des impératifs de croissance et d'expansion continus qui, à bien des égards, peuvent être oppressifs et susciter eux-mêmes un besoin de sécurité. Il est devenu de plus en plus difficile d'y répondre isolément.

De ce point de vue, la finalité d'un groupement peut être ramenée à une fonction primordiale : la protection des droits individuels.

Nous entendons ici ce terme dans son acception la plus étendue, celle qui implique le fait de sauvegarder un droit dans la réalité de son contenu.

Rien ne sert, en effet, de dire que tout sujet de droit est titulaire d'un patrimoine s'il demeure à l'état « d'espoir ». Les possibles qu'il renferme doivent s'accomplir. La protection des droits individuels dans l'ordre économique ne se limite donc pas au seul aspect négatif de leur défense, *stricto sensu*, qui postule déjà leur « titularité » mais appelle encore des modalités d'accès, de réalisation et d'efficience des droits subjectifs. Le rassemblement des forces, des capitaux, parfois des deux, est un des moyens d'assurer et leur survie et leur épanouissement.

Le droit propose des structures collectives plus ou moins rigides destinées à atteindre ces objectifs.

16. — La finalité juridique en découle puisqu'elle s'identifie à chacun des aspects de la finalité économique. Ainsi, il est possible, à partir de celle-ci, de classer les groupements de droit privé en trois grandes catégories :

1) Tout d'abord, ceux qui ont pour vocation de favoriser l'accès à la « titularité » d'un droit ou à la jouissance et la conservation d'un bien ou d'un service. Entrent dans ce premier cadre : les sociétés constituées en vue de l'attribution d'un immeuble aux associés (49) et le syndicat des copropriétaires.

2) Ensuite, les groupements dont l'existence s'explique par la nécessité de défendre les libertés, la condition ou les droits individuels. Il en va ainsi d'abord des syndicats professionnels (50) « moyen privilégié pour les individus, faibles isolément, mais unis par une communauté de situation économique et sociale, d'améliorer leur condition par l'action organisée » (51), des ordres professionnels, de la masse des obligataires, et de celle des porteurs de parts de fondateur (52), et enfin de la masse des créanciers constituée à l'occasion des procédures collectives de concours (53).

3) D'autres enfin permettent d'accroître l'efficacité d'un droit : — soit en diminuant le poids des charges attachées à son exercice : les groupements d'intérêt économique, les sociétés civiles profession-

(49) Sociétés d'attribution soumises aux dispositions de la loi du 16 juillet 1971 desquelles il faut rapprocher les sociétés organisant la « multipropriété ». Cf. « à la recherche de la multipropriété », J.C.P., 1972, Doctrine 2481. — Michel DAGOT et Pierre SPITERI.

(50) Loi du 21 mars 1884.

(51) Traité de droit du travail publié sous la direction de CAMERLYNCK, tome IV, par Jean-Marie VERDIER, *Les syndicats*, p. 132, n° 61.

(52) Pour la masse des obligataires, décret-loi du 30 août 1935 et loi du 24 juillet 1966, art. 293 et suivants. Pour la masse des porteurs de parts, loi du 23 janvier 1929.

(53) Article 13 de la loi du 13 juillet 1967.

nelles, les sociétés civiles de moyens, sont des structures juridiques souples permettant aux entreprises ou aux membres d'une profession de s'adapter aux exigences nouvelles (54) ;

— soit en lui conférant des vertus de mobilité et de rentabilité comme c'est le cas pour la plupart des sociétés commerciales ou de certaines sociétés civiles, notamment celles qui sont autorisées à faire publiquement appel à l'épargne. Dans cette dernière catégorie « l'associé fait un apport dans l'espoir de le retirer augmenté d'un gain ou dans l'espoir de céder ses parts dont l'enrichissement de la société aura accru la valeur. Il recherche cet enrichissement par la mise en commun et par une action collective. L'écran de la personnalité morale ne dissimule pas l'associé » (55).

Il se peut que du point de vue des incidences économiques, les frontières ainsi dressées entre chacune des catégories de groupements, s'évanouissent. La réalisation d'une fonction par une personne morale débouchant parfois indirectement sur l'accomplissement d'une autre. Citons à titre d'exemple ici encore les sociétés civiles professionnelles qui, en allégeant la charge financière attachées à l'exercice d'une profession en facilite l'accès. De même, les ensembles collectifs d'habitation, qui conduisent normalement à la constitution d'une copropriété organisée, ouvrent plus largement la vocation à la propriété en répartissant sur le plus grand nombre le poids de la charge foncière.

Cependant, au strict plan du droit, cette division tripartite nous semble donner une image fidèle de l'orientation prise par le droit de la personnalité morale. Elle appelle toutefois deux séries de remarques complémentaires, qui en préciseront la portée :

— Il importe d'une part de relever que les associations y occupent une position singulière, car elles n'ont pas à priori de finalité définie. Leurs avantages résident précisément dans le fait de pouvoir se réunir sans que *les raisons de cette réunion aient à s'inscrire dans une perspective juridique préalablement donnée.*

Certes, l'interdiction qui leur est faite de partager entre leurs membres les bénéfices les exclut des groupements de type sociétaire mais, en dehors de cette seule référence négative, rien ne permet de les situer ; « le droit d'association n'avait été conçu en 1901 que comme un mode d'activité spécifiquement réservé à l'initiative privée.

(54) Sur les sociétés civiles professionnelles, voir : loi du 29 novembre 1966, GOLDSMITH, D. 1966, *Chronique*, p. 37, à propos de projets sur les sociétés civiles professionnelles. — BODIN, *Les sociétés civiles professionnelles d'avoués*, Rev. Soc., 1970, p. 381. — HÉRISSÉ et PINTRAUD, *Les sociétés civiles professionnelles d'avocats*, Rev. Soc., 1971, n° 1, p. 1. ; *Les sociétés professionnelles notariales*, par Jacques BEHIN, in *Théories et pratiques des sociétés civiles*, Librairie technique, pp. 601 à 674. — François TERRE, *L'exercice en commun de la profession de notaire*, Commentaire du décret 67.868, J.C.P., Edition notariale, 1970, 2302.

(55) FOYER, in *La personnalité morale et ses limites*, p. 119.

C'était, comme c'est du reste encore, un droit mis à la disposition des citoyens qui en usent en pleine indépendance pour la réalisation de buts essentiellement variés, exclusifs de tout partage de bénéfices » (56). *C'est donc de leur objet qu'il faut tirer leur finalité.* Il s'ensuit qu'elles auront des vocations multiples : défense des droits ou des libertés, accession pour leurs membres à la jouissance d'un bien sans pour autant qu'ils en acquièrent la propriété (57).

— Il faut d'autre part observer que tous les groupements ne sont pas d'une composition toujours homogène (58). Il peut arriver que la finalité du groupement demeurant constante, les membres réunis en son sein adoptent une politique différente pour l'atteindre. Les sociétés peuvent ainsi se présenter comme une technique de réalisation et d'organisation d'une entreprise et comme un instrument d'épargne. Bien plus, la finalité juridique du groupement peut être affectée par cette diversité interne. C'est ainsi que les sociétés immobilières d'attribution groupent présentement des intérêts qui pour être complémentaires sont de nature distincte. Le gérant promoteur y vise à terme une vente immobilière, tandis que les associés porteurs de parts y sont des propriétaires virtuels.

Quoi qu'il en soit pourtant, il est clair qu'à quelque catégorie qu'il appartienne, tout groupement est mû par une *finalité indissociable des droits subjectifs de ses membres*. C'est elle qui suscite la réunion en état de groupement qui pourtant emporte en toute hypothèse une atteinte variable, il est vrai, à l'intégrité du droit subjectif. *Il est alors singulier d'observer que la vocation individuelle d'un groupement sera d'autant plus aisément accomplie que se renforcera son caractère collectif dont la personne morale marque la consécration.* Elle implique cependant une abdication caractérisée des membres du groupement devant le groupement lui-même. C'est en prenant la volonté individuelle de chacun pour référence que l'on pourra la mesurer.

B. — POUVOIR INTERNE DE LA PERSONNALITÉ MORALE ET VOLONTÉ INDIVIDUELLE.

17. — La notion de volonté individuelle est, en effet, au cœur du droit des groupements et c'est autour d'elle que graviteront les différents types de conflits internes aux personnes morales; manifestation la plus topique du pouvoir individuel, elle est principalement affectée par l'ordre collectif.

(56) OZANAM, *Associations, syndicats, fondations*, 1957.

(57) BERTRAND, *De l'ordre économique à l'ordre collectif*, Mélanges Ripert, *op. cit.* Voir également sur la diversité des objets des associations, le tableau de statistiques établi par l'I.N.S.E.E. et reporté à la Revue des sociétés, 1965, Doctrine, p. 373, in *Les associations régies par la loi de 1901*.

(58) Voir notamment pour les sociétés anonymes, PAILLUSSEAU, *op. cit.*, p. 47. — CHAMPAUD, *op. cit.*, p. 29.

Pour être fondamentale, la volonté, dans le domaine qui nous retient, n'en est pas moins une notion imprécise.

La difficulté tient au fait qu'elle ne revêt pas un contenu juridique unique. Son rôle est double. La volonté individuelle peut tout à la fois être à l'origine de l'état de groupement et participer à l'action de celui-ci. Il existe donc, d'une part, une *volonté de type contractuel* qui est le fait de constituer un groupe ou d'y adhérer par un acte conscient et délibéré, d'autre part, une volonté envisagée cette fois comme *l'élément moteur de l'exercice d'un droit subjectif* (59).

Comme on le voit, elles ne sont pas de même qualité et se manifestent diversement. La première, élément fondamental d'un acte contractuel, s'exprimera à la naissance du groupement ou au moment d'y adhérer. La seconde peut s'interpréter comme la survivance d'un élément du droit individuel malgré l'ordre collectif, s'exprimera de façon permanente tout au long de la vie de celui-ci, dans le cadre des décisions collectives. Elles n'appartiennent pas au même « milieu juridique ». L'une dépend du droit de l'acte juridique, l'autre du droit des biens.

On a l'habitude de les confondre. Mais c'est là ramener la *volonté juridique à la volonté psychologique qui est une*. Pourtant, cette démarche ne nous semble pas exacte, car au sein de l'ordre juridique la définition de la volonté est fonction de son rôle.

La distinction que nous venons d'évoquer nous paraît déterminante pour apprécier les effets de l'ordre collectif. Il les affectera diversement. Il importe de donner quelques illustrations de cette remarque.

Parfois, s'exercera-t-il sur l'une et l'autre dans une direction contraire. L'indivision successorale suppose l'absence totale de volonté contractuelle. En revanche, la règle de l'unanimité laisse quasiment intacte la volonté d'exercice. Inversement, les sociétés anonymes, quoi qu'on ait pu en dire, naissent d'un *acte contractuel* aux traits spécifiques sans doute, alors que son fonctionnement se caractérise par le triomphe du *principe majoritaire*.

Dans d'autres hypothèses, il atteindra les deux volontés suivant une même direction. Les sociétés civiles trouvent la source de leur existence dans un acte purement volontaire, de même que les décisions collectives doivent dans leur principe recueillir l'unanimité des voix. Au contraire, l'apparition dans l'ordre juridique de la masse des créanciers dans les procédures de concours est indépendante de cette manifestation volontaire et le rôle dévolu aux membres y est fort réduit.

Il serait inexact de penser que les deux volontés sont totalement étrangères l'une à l'autre. Elles peuvent se rejoindre tant du point

(59) Nous opposerons désormais volonté contractuelle à volonté d'exercice.

de vue technique (a) que du point de vue de la nature des actes dans lequel elles se développent (b).

a) Dans de nombreux cas, l'acte constitutif du groupement déterminera les conditions dans lesquelles se réalisera la volonté d'exercice. Il est fréquent en pratique que la volonté contractuelle puisse ainsi porter des limites à la souveraineté de la volonté d'exercice, et cela dans l'intérêt même des membres du groupement. Un des avantages des sociétés civiles sur l'indivision réside précisément dans cette faculté. Du possible abandon de la règle de l'unanimité, elle tire son pouvoir attractif (60). Car par lui le patrimoine collectif acquerra une mobilité salutaire. Ainsi, l'acte constitutif de groupe peut-il parfois fixer les formes et les degrés d'abdication de chacun sur son droit.

En tant qu'ils aménagent le lien de dépendance entre l'une et l'autre des volontés, les actes constituant ou ordonnant l'état de groupement sont dès lors marqués d'une profonde originalité. Ils ont, en effet, une double vertu contractuelle et normative dont il est parfois malaisé de délimiter le champ d'action.

En ce qu'ils cristallisent un accord, ils participent d'une nature contractuelle, en ce qu'ils imposent des modalités dans l'exercice d'un droit, ils se rapprochent d'une disposition réglementaire. Sans doute, l'un et l'autre des deux aspects sera-t-il plus ou moins souligné selon les cas, et le régime de l'acte devra tenir compte de ses dominantes. Mais les deux qualités existent en germe et se développeront diversement. Il serait vain dès lors de tenter de leur appliquer un régime unique. Ainsi voir *dans le règlement de copropriété un pur contrat* (61) *ou un authentique règlement, procède de deux analyses également inexactes car elles confondent la volonté contractuelle et la volonté d'exercice*. Mieux vaut y reconnaître une institution originale, encore que l'état de groupement étant ainsi partiellement subi, son caractère réglementaire soit plus soutenu (62).

b) Les deux formes de volonté présentent encore une physionomie voisine dans la mesure où elles s'inscrivent dans un type d'acte juridique particulier : l'acte juridique collectif ; c'est-à-dire « le concours entre des volontés qui ont toutes le même contenu et qui tendent toutes vers la réalisation d'un même but » (63). Il en résulte

(60) *Théorie et pratique des sociétés civiles*, Librairie technique, Ouvrage collectif, spec. ROUBAUD, p. 1.

(61) HEBRAUD, *La copropriété par appartement*, R.T.D. Civ., 1938, p. 41 et s., pour qui le règlement serait une convention créatrice d'obligations *propter rem*. — CABANAC et MICALOPOULOS, *Actualité juridique, propriété immobilière*, 1963.I.658.

(62) GIVORD-GIVERDON, *La copropriété*, 1968, p. 194, n° 270, Grenoble, 28 octobre 1958, D. 1958, p. 739 : « attendu que si le règlement de copropriété résulte d'une opération contractuelle des copropriétaires, il présente une fois acquis et transcrit un caractère institutionnel dicté par les mesures de la copropriété, s'imposant à tous ceux qui sont en droit de jouir d'une partie de l'immeuble ».

(63) ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, L.G.D.J., 1961, p. 15.

sur la structure de chacune des volontés, une influence de sens opposé, qui a pour effet de leur donner un contour sinon identique du moins semblable. Il découle de l'identité de la cause des volontés en concours, que la *volonté contractuelle* ne pourra être parfaitement assimilée à celle qui préside à la naissance d'un acte juridique multilatéral, qui exprime toujours la conciliation des deux ou plusieurs intérêts contradictoires (64).

Dans ces conditions, l'acte juridique collectif s'apparente à beaucoup d'égards à l'acte unilatéral (65). La volonté individuelle y subira, comme dans ce dernier, une emprise moins contraignante.

En revanche, la volonté d'exercice, insérée qu'elle est dans une décision collective, perdra la plénitude des caractères qui lui donnait toute sa force au sein de la souveraineté du droit subjectif. Elle ne se réalisera *qu'en concours avec d'autres et en fonction d'un intérêt collectif dépassant les intérêts individuels*.

L'acte juridique collectif développe donc sur les deux volontés des conséquences tendant à uniformiser leurs manifestations. Cependant, les points d'interférence, comme les facteurs de rapprochement, ne sauraient cacher leurs fonctions qui demeurent profondément différentes (66). L'étendue et l'intensité de l'ordre collectif ne pourront donc être mesurées que compte tenu de la distinction qu'elles indiquent. Il importera d'apprécier les solutions décrites en se référant à la notion de personnalité morale.

a) *Volonté contractuelle et naissance de la personnalité morale.*

18. — Dans le cadre d'une approche économique du problème, on pourrait être tenté en simplifiant de dire que, dans tous les cas, l'état de groupement est imposé plus qu'il n'est voulu, tant il est vrai qu'il est devenu, en fait, de nos jours, de plus en plus malaisé d'échapper aux mécanismes collectifs.

C'est le prix de l'efficacité dans un monde où le déséquilibre des pouvoirs économiques n'est compensé que par la lutte collective, et au sein d'un système qui, par nature, pousse sans cesse à acquérir et à entreprendre, alors qu'il rend simultanément et parce qu'il engendre lui-même, cette acquisition et cette entreprise difficilement accessibles aux simples forces individuelles.

Qu'il s'agisse de défense de liberté ou de gestion d'un patrimoine, le recours aux techniques collectives devient inéluctable « toute

(64) MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, Toulouse, 1949, n° 33, p. 42.

(65) MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, tome II, édition 1962, p. 287.

(66) Et cela est si vrai que M. ROUJOU DE BOUBÉE articule la première partie de son ouvrage à partir de la distinction : fondation des personnes morales, résolution d'assemblée.

liberté est un choix, dans le domaine économique, le choix se restreint singulièrement, l'individu ne peut plus agir seul, il ne peut que choisir la collectivité dans laquelle il désire se fondre » (67). La libre volonté réelle et « secrète » d'adhérer à un groupement est donc en voie de disparaître. *Cependant, le droit ne connaît que de la volonté formelle, celle que l'on peut déceler à travers des signes objectifs.*

Dans ce second sens, il est classique d'opposer le groupement d'origine volontaire à ceux qui ne le sont pas. Mais, bien qu'exacte, cette distinction ne reflète pas dans sa simplicité les nuances que connaît chacune des deux catégories. En effet :

- d'une part, au sein des groupements volontaires, la volonté ne joue pas un rôle toujours identique et n'est pas revêtue de la même force,
- d'autre part, *l'absence de volonté* n'a pas toujours la même signification.

1) Il est des hypothèses où le facteur volontaire joue un rôle déterminant dans l'avènement du groupement. Il en va ainsi surtout des collectivités de type « sociétaire » dont la finalité emporte une modification si radicale du droit des membres qu'elle ne pourrait guère se concevoir autrement (68). C'est la recherche par l'associé de cette transformation, corollaire de l'acceptation des aléas et des fortunes de l'entreprise, qui donne à l'élément volontaire, dans la constitution de la société, un caractère particulier. *La seule volonté de contracter si elle est nécessaire, n'est pas suffisante.* Il faut la parfaire par l'*affectio societatis* qui est « la volonté d'union, la convergence des volontés dans un but commun dont l'élément caractéristique est bien d'ordre psychologique » (69). Il implique de la part de l'associé une double attitude : active d'une part, il s'agit de l'intention de collaborer effectivement à l'entreprise sociale, passive, d'autre part, l'acceptation délibérée des sujétions de celle-ci.

Ces deux aspects de l'*affectio societatis* sont étroitement liés, mais conservent cependant une certaine indépendance; si bien que suivant la forme sociale adoptée, la dimension, la nature de la société qui gouvernent la condition individuelle de l'associé, l'accent sera mis sur l'un ou l'autre cumulativement ou distributivement. On ne peut penser avec quelques éminents auteurs, qu'il soit parfois absent de certains types de sociétés (70).

En effet, même l'actionnaire, bailleur de fonds d'une société anonyme faisant publiquement appel à l'épargne, accepte de par son

(67) CHAMPAUD, *op. cit.*, p. 7.

(68) BERTRAND, *De l'ordre économique à l'ordre collectif*, p. 175, note 1.

(69) IPPOLITO, DE JUCLART, *Droit commercial*, 2^e vol., *Les sociétés commerciales*, Edition Monchrétien, 1970, p. 68.

(70) RIPERT, *Aspects du capitalisme moderne*, p. 93, n° 39.

seul apport les incertitudes de la vie sociale. Sans doute, en fait l'attitude active que suppose l'*affectio societatis* y sera plus diluée et moins saillante qu'au sein des sociétés de personnes. Pourtant, elle demeure car il dispose au moins potentiellement en droit, mais de nos jours de façon croissante, de moyens pour participer à la détermination et à la protection de l'intérêt social. Il n'est pas de société sans *affectio societatis* (71). Cette solution est fondamentale car il s'ensuit que sans lui la convention n'aura pas l'effet créateur d'un ordre collectif.

Dans cette première série d'hypothèses, on peut constater que le droit assure la protection de l'individu et de sa volonté par une sorte de mécanisme à deux degrés : exigeant d'abord une volonté contractuelle non viciée, ensuite l'existence d'un élément volontaire complémentaire, indiquant la conscience délibérée de l'ordre collectif qui en résulte. La volonté individuelle y apparaît comme une volonté élaborée et demeure largement maîtresse de l'état de groupement. Or, il n'en va pas de la sorte pour tous les groupements « dits volontaires ».

Il arrive ainsi, que bien qu'elle soit consciente d'adhérer à un groupement, une personne n'ait pas recherché cet état pour lui-même. Le syndicat des copropriétaires nous donne un bon exemple de ce genre de situation, car si « dans la perspective des sciences humaines, la notion de copropriété appelle inévitablement celle de groupe » (72). Il ne faut pas en conclure qu'elle est *d'abord* un groupement. En réalité, la collectivité qui en naît, n'est que le *prolongement imposé à une volonté* tendue principalement vers un but puissamment individualiste : l'accès à la propriété. Il y a là une antinomie profonde entre l'intention du candidat propriétaire et certains effets attachés à la réalisation de cette intention. Le poids de l'ordre collectif en sera d'autant plus vivement ressenti. Dans ce dernier cas, *la collectivité trouve sa source dans l'intervention législative, autant que dans la réunion des volontés individuelles.*

A la lumière des observations qui précèdent, et reprenant une distinction empruntée au droit pénal, on pourra dire que les effets de l'état de groupement seront plus ou moins bien reçus par le membre, selon qu'il appartiendra à un groupe de formation « intentionnelle » ou simplement « volontaire ». A vrai dire, pouvoir volontaire et pouvoir légal coexistent dans un équilibre instable, et participent concurremment mais à des degrés divers, à l'avènement juridique d'une collectivité. Il se peut que le rapport de force, dans le principe favorable au pouvoir volontaire, se renverse et qu'exceptionnellement le pouvoir légal triomphe.

(71) Aix, 7 avril 1970, J.C.P., 1970.II.16646, Rev. Soc., 1971.576, note SCHMIDT.

(72) MOUREY, *Les équilibres socio-psychologiques de la copropriété*, p. 8, L.G.D.J., 1970.

2) A priori, les groupements légaux apparaissent plus oppressifs que les groupements volontaires et pourtant la remarque doit être pondérée. L'intégration de plein droit dans un groupe est diversement ressentie et il serait vain de donner à l'absence de volonté une même signification. Il se peut que l'intervention législative ne vienne en quelque sorte que parfaire une habitude acquise auparavant. Ainsi, les obligataires d'un même emprunt, prenant conscience de l'identité de leur condition, se regroupaient auparavant à la demande de la société émettrice, au sein de sociétés civiles pour assurer efficacement la défense de leurs droits.

La loi est venue se substituer à cette initiative privée (73). Dans ce type de situation, l'obligation légale vient satisfaire une nécessité ressentie en fait bien plus qu'elle ne s'impose à chacun. La loi, bien que juridiquement impérative, est réellement supplétive.

Dans d'autres hypothèses au contraire, la création du groupe est véritablement subie. Notre droit en offre quelques rares exemples. Ainsi en est-il de la masse des créanciers dans les procédures de concours : sa singularité tient au fait que l'on est en présence d'un groupe né à l'occasion de procédures de saisie et d'exécution.

C'est au moment précis où la qualité individuelle du droit du créancier tend à s'exacerber par le passage à l'action qui suppose que la protection par l'état du droit subjectif, de virtuel devient réel par la mise en œuvre de la contrainte, que ce droit va être incorporé à une structure collective. Il y a là une contradiction fondamentale dont les effets, nous le verrons, vont dominer le régime de la masse et en expliquer le particularisme (74).

Sans cesse, les créanciers tenteront d'échapper à l'emprise collective, ce qui paradoxalement, et par une sorte de choc en retour provoquera le renforcement de celle-ci destinée à assurer, partiellement au moins, la réalisation du droit de chacun des créanciers malgré eux.

19. — Une observation doit être formulée à l'examen de ces données. Les groupements non volontaires ont toujours une finalité de type *défensif*. Il s'ensuit que leur personnalité morale ne saurait affecter en profondeur le droit primitif de leur membre, puisque par hypothèse, il est de leur fonction d'assurer leur sauvegarde. *Il est dès lors intéressant de relever que pour être contraignant au regard de la libre volonté d'adhésion, les groupements d'origine légale, ont des effets limités sur le droit subjectif de leurs membres.* Alors que la personnalité morale des groupements de type sociétaire absorbe dans sa totalité le droit du membre sur son apport et vient lui substituer un droit nouveau et original.

(73) Décret-loi du 30 octobre 1935 relatif à la protection des obligataires, de nos jours : article 293 et s., de la loi du 24 juillet 1966.

(74) Cf. *infra*, II^e partie.

Si bien que l'on peut en induire cette règle contenue en une double proposition : si *l'attribution de la personnalité morale peut dans certains cas être considérée comme indépendante de la volonté de ses membres, en revanche, l'intensité de ses effets lui est étroitement liée. De la volonté individuelle dépend la perfectibilité de la personne morale et en corollaire l'importance des modifications apportées au droit subjectif.*

Mais quand bien même les effets attachés à une personne morale seraient-ils peu étendus, la finalité qui lui est assignée commande, pour être atteinte, une certaine autonomie du groupe par rapport à ses membres ce qui appelle un renforcement de son autorité et suppose la primauté de la volonté collective à la définition de laquelle les volontés individuelles participent mais devant laquelle elles doivent s'incliner.

b) *Volonté d'exercice*
et fonctionnement de la personnalité morale.

20. — Il convient de se placer ici dans une perspective de mouvement et ne plus prendre pour référence le fait générateur de l'état de groupement mais l'activité du groupement. Celle-ci est dirigée vers un but dont on a vu qu'il était *toujours* d'essence individuel mais son succès est conditionné par l'efficacité du mécanisme permettant d'élaborer et d'appliquer la volonté collective.

Bien que guidée par un intérêt qui ne saurait en aucune manière être ramené au seul intérêt individuel des membres, la volonté collective est pourtant plus ou moins dépendante de la volonté de chacun. Si le contenu de la volonté individuelle ne recouvre jamais parfaitement celui de la volonté collective, il peut s'en rapprocher, suivant que le régime réglant le fonctionnement du groupement reposera sur la loi de *l'unanimité ou de la majorité*. Sous un autre angle, on peut dire qu'au sein d'un groupe, les membres sont plus ou moins maîtres du sort du droit dont ils sont titulaires en même temps que du groupe lui-même.

Sans doute l'unanimité préserve-t-elle mieux le droit subjectif dans son intégrité et allège-t-elle jusqu'à la faire disparaître la charge de l'ordre collectif. Il n'est pas incohérent de la voir régner là où l'on veut sauvegarder l'individualisme traditionnel (75) car elle laisse subsister dans la plus large des mesures la plénitude des prérogatives que renferme un droit subjectif. Mais elle est aussi exclusive de toute réalité collective et révèle une appréhension figée des rapports de groupe. Elle peut déboucher à l'extrême, sur une conséquence directement contraire au but espéré par la création du groupement. Dési-

(75) Exemple : indivision successorale ; il est assez significatif qu'elle soit dépourvue de personnalité morale.

reuse de sauvegarder l'individu dans la collectivité, elle peut conduire à vider de sa substance les avantages qui lui sont attachés et qui sont à l'origine de sa création. Par là même, elles lui interdisent de parvenir au résultat escompté. Aussi la loi de l'unanimité voit-elle son domaine se rétrécir au fur et à mesure que deviennent plus nécessaires et plus achevées les techniques collectives. On assiste ainsi à l'extension du principe majoritaire qui, à l'inverse de la règle précédente, est l'expression la plus affinée de la réalité collective et en indique une conception dynamique.

Il ne paraît pas opportun d'en rechercher le fondement dans le cadre de notre étude. Mieux vaut en examiner les effets comme symptômes de l'intensification de l'ordre collectif dans le fonctionnement du groupement et de la soumission de ses membres à sa volonté.

21. — L'élargissement du domaine du pouvoir majoritaire suit une double voie :

— d'une part, les groupements qui en consacrent le principe se multiplient et se diversifient;

— d'autre part, à l'intérieur de chacun de ces groupements, les mesures appelant une décision unanime deviennent toujours moins nombreuses.

Encore que la démonstration de ces tendances puisse être entreprise au regard de la plupart des groupements de droit privé, l'évolution suivie par le droit de la copropriété des immeubles bâtis, nous a paru mériter une attention particulière parce que très significative à cet égard; notamment en ce qu'elle met en évidence les liens qui existent entre l'exercice collectif d'un droit et sa nature.

La transformation des idées dans le domaine de la copropriété s'est faite dans le sens d'une substitution d'un esprit communautaire à un esprit individualiste (76).

Elle a été marquée par quelques grandes étapes (77). La copropriété est reçue à l'origine comme une *juxtaposition de droits privés de propriété*. On considère en droit coutumier que « lorsqu'un bâtiment est possédé par différents propriétaires, dont l'un a la base et l'autre le dessus, ils peuvent faire ce qui leur plaît dans les parties qu'ils possèdent » (78). Il y a là une vision profondément matérialiste

(76) FOYER : présentation du projet de loi à l'Assemblée nationale, J.O.A.N., vendredi 23 avril 1965, p. 818.

(77) Sur l'évolution de la copropriété, voir : THIBIERGE, 55^e congrès des notaires de France, Bordeaux, 1957, statut des immeubles en copropriété, 1 F à 100 F. — JULLIOT, *Traité formulaire de la division des maisons par étages et par appartements*, Paris, 1927, Chap. Premier, Historique de la division par étages. — Edith KISCHINEWSKY-BROQUISSE, *op. cit.*, p. 21. — CHEVALLIER, *Commentaire de la loi du 28 juin 1938*, D. 1939, Législation, p. 73, colonne I A. — CABANAC, *Traité de la construction en copropriété*, p. 2 et s.

(78) GUYOT, *Répertoire de la jurisprudence*, Paris, 1784, V^o Bâtiments, p. 289, cité par CABANAC, *op. cit.* p. 3, n^o 159.

de la propriété. *Le droit est absorbé par la chose* sur laquelle il s'exerce et dès lors on ne peut concevoir de partager les pouvoirs sur elle. Il y a confusion entre l'utilité du droit et celle de la chose sur laquelle il s'exerce, qui ne laisse aucune place pour une quelconque organisation collective.

Il n'est point besoin d'insister sur les difficultés qui peuvent surgir de l'application d'un tel principe, quant au régime juridique des parties communes que connaît nécessairement une habitation collective. Elles engendraient, en pratique, l'apparition de solutions originales (79) et furent à l'origine des dispositions de l'article 664 du Code civil qui, suscitées par les décisions de quelques tribunaux, contenaient en germe les éléments d'une solution de type collectif. En effet, s'il laisse subsister la propriété des appartements, ce texte prévoyait dans son alinéa second que « les gros murs et les toits sont à charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient ». Bien que les autres dispositions qu'il renfermait fussent conformes à l'individualisme traditionnel et qu'il n'ait qu'un caractère supplétif, l'article 664 du Code civil créait une situation juridique nouvelle qu'il fut difficile de qualifier. C'est qu'il appelait indéniablement une structure collective de laquelle dépendait la nature du droit des propriétaires sur les parties communes.

Un auteur a tenté de rejeter l'idée même de droit spécial s'exerçant sur elles, idée qui, selon lui, ne pouvait naître que d'une équivoque (80).

Mais cette vue des choses est demeurée sans avenir, car elle méconnaissait le fait de groupement et n'en tirait aucune conséquence au plan du droit. Elle était donc conçue à partir d'un refus de la réalité et entretenait une rupture entre le fait et le droit. C'est dans une autre direction que s'est alors tournée la plus grande partie de la doctrine qui a justifié la règle de l'article 664, alinéa 2, par le recours à la théorie de l'indivision forcée (81).

Le mérite de cette analyse était de se modeler à la situation découlant de l'habitation collective. Cependant, tout en reconnaissant l'état de groupement, elle faisait simultanément triompher les principes individualistes, ce qui du point de vue où nous nous plaçons, à savoir celui du fonctionnement de la copropriété, conduisait logiquement au jeu de la règle de l'unanimité quant à l'administration des parties communes.

Or, il est devenu rapidement impératif d'abandonner cette règle ou pour le moins d'en limiter le champ d'action, sous la pression

(79) Techniques connues sous le nom de système de « Rennes, Grenoble, Nantes ».

(80) HUC, *Commentaire du Code civil*, tome IV, n° 331, cité par Julliot, *op. cit.*, p. 72, n° 23.

(81) AUBRY et RAU, tome II, n° 225. — BAUDRY, LACANTINERIE, WAHL, *Des biens*, n° 972 et 986.

de facteurs aux forces conjuguées. Techniquement d'abord, l'édification de l'immeuble moderne suscitait l'accroissement constant d'un équipement commun (82). D'autant que les ensembles devenant plus vastes et le nombre des propriétaires plus important, peu à peu se dégageait la notion d'infrastructure commune de l'immeuble, qui indépendante de la partie exclusivement affectée à un propriétaire, en constituait le support nécessaire (83).

Alors s'accroît le fossé entre le moyen juridique dont on dispose pour administrer la chose commune et les exigences quotidiennes de cette administration « l'impuissance de la législation à assurer le fonctionnement de l'institution était plus manifeste encore, écrit Chevallier, le nombre de propriétaires intéressés, les conditions modernes de l'habitation exigeant impérieusement une organisation collective » (84).

La principale vertu de la loi du 28 juin 1938 fut de la donner, notamment par une innovation majeure : la substitution du principe majoritaire à la règle de l'unanimité, qui « acceptable dans les indivisions temporaires auxquelles l'un des indivisaires pouvait toujours exiger qu'il y fût mis fin par le partage, ne paraissait plus compatible avec le fonctionnement d'une copropriété durable » (85).

Ce faisant, la loi opérait un profond changement dans la nature de la copropriété de l'immeuble bâti. Toutefois, pour être déterminant qualitativement, le principe restait limité dans sa portée, puisque ne pouvaient être décidées à la majorité des suffrages que « les mesures d'application collective concernant exclusivement la jouissance et l'administration des parties communes » (86). Malgré cela, tirant profit de l'incertitude de cette disposition, la jurisprudence s'orientait vers une politique de renforcement du pouvoir majoritaire (87). Mais elle se heurtait pourtant à des points irréductibles. Ainsi, il était impossible, sans réunir l'unanimité des volontés, de procéder à une meilleure répartition des charges qui se seraient avérées injustes ou de décider de l'amélioration des conditions de chacun par des installations nouvelles (88). Il existait donc des

(82) THIBIERGE, *op. cit.*, p. 17.

(83) Comme le signale M. THIBIERGE, *ibidem*, certains auteurs vont même jusqu'à étendre la notion de copropriété au-delà de la lettre de l'article 664 du Code civil, alinéa 2, puisqu'ils font entrer l'escalier.

(84) CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 73 b.

(85) PONSARD, *Remarques sur le principe majoritaire dans les syndicats de copropriété d'appartements*, in *Mélanges Hamel*, 1961, pp. 269 et 270.

(86) Article 9, alinéa 3, de la loi du 28 juin 1938.

(87) Cass. Civ. 1^{re}, 2 mai 1954, *Gaz. Pal.*, 1954, 2^e partie, p. 30, visant une décision d'exhausser un immeuble. Cass. Civ. 1^{re}, 2 octobre 1961, *D.* 1962, p. 32, Note ESMEIN : qui admet que l'assemblée peut décider à la majorité le déplacement d'une servitude de passage. Sur l'ensemble de cette jurisprudence, voir : PIEDELIEVRE, *La copropriété par appartements*, in *L'immeuble urbain à l'usage d'habitation*, L.G.D.J., 1963, p. 183 et s., et spécialement, p. 188 et s., *La copropriété*.

(88) CABANAC, *op. cit.*, p. 118.

foyers de résistance bloquant une gestion harmonieuse de l'ensemble collectif.

Répondant aux vœux de la pratique (89) et consacrant les tendances indiquées par les tribunaux, la loi du 10 juillet 1965 a pallié ces carences en étendant encore le domaine du pouvoir de la majorité (90) le législateur ayant « opté délibérément pour une vision dynamique de l'immeuble » (91). C'est la consécration de l'ordre collectif.

Il apparaît ainsi que ce n'est que par l'affirmation du pouvoir collectif que les groupements parviendront à accomplir la vocation individuelle qui est leur raison d'être. Le phénomène, bien qu'apparaissant historiquement à des moments différents — la nature du droit aménagé, les caractères volontaires du groupement ayant pour effet de ralentir ou d'accélérer le mouvement de transformation — se retrouve constamment dans notre droit de la personnalité morale. Il suffit pour s'en convaincre d'évoquer la possible modification des statuts par la majorité de l'assemblée générale extraordinaire au sein des sociétés anonymes (92) ou encore l'amorce du déclin de la loi de l'unanimité dans les sociétés par intérêt (93) et enfin l'autoritarisme accru gouvernant la masse des créanciers dans les poursuites collectives (94).

22. — Quels sont les enseignements que l'on peut tirer de ce constat ?

Ils gravitent autour de la relation qui s'établit entre le pouvoir majoritaire d'une part et la notion de la personnalité morale interne d'autre part, dont on sait que Thaller a démontré l'existence, précisément en considérant dans la volonté propre de la personne morale s'imposant à ses membres.

Pour lui « parler de majorité c'est sous-entendre un être collectif représenté par un pouvoir délibérant » (95). A défaut, il n'existe pas de personne morale interne. L'éminent auteur en rapporte la preuve en examinant la condition juridique des sociétés par intérêt

(89) CABANAC, *Les syndicats de copropriété et la loi du 28 juin 1938*, A.J.P.I., 1961, 1^{re} partie, p. 1.

(90) Articles 24, 25 et 26 de la loi du 10 juillet 1965.

(91) GIVERDON, *Le statut de la copropriété traits spécifiques*, Gaz. Pal., 1967, n° 301 à 304.

(92) Cass. Civ, 30 mai 1892, D. 1893, p. 101, avec la note fameuse de THALLER.

(93) Article 31 de la loi du 24 juillet 1966 pour les sociétés en commandite simple aux termes duquel les modifications statutaires autres que le changement de nationalité seront décidées à la majorité des membres et en capital, les clauses édictant des conditions plus strictes de majorité seront réputées non écrites.

(94) Loi du 13 juillet 1967, voir *infra*, p. 73 et s., tome II.

(95) Note précitée.

qui n'ont pas, comme on l'a souligné, « la large indépendance reconnue aux sociétés par actions » (96).

Mais n'est-ce pas là rattacher les effets de la personnalité morale à la seule volonté collective dont l'autonomie est assurée par les modalités spécifiques de détermination ? *Autrement dit, le raisonnement ne repose-t-il pas sur la confusion de la personne morale avec l'état de groupement qui n'en constitue que le support ?* La question doit être élucidée. Il n'est pas douteux que dans la plupart des hypothèses que connaît notre droit positif, la notion de personnalité morale est intimement dépendante de celle de groupe. Est-ce à dire que les deux se chevauchent parfaitement ? A la vérité, il serait vain de le penser. Si les deux notions se rejoignent, elles ne peuvent s'identifier. *Le pouvoir majoritaire répond aux exigences de l'état de groupement, alors que la personnalité morale tient sa force et son étendue de sa finalité légale, ce qui est foncièrement différent* « la loi de la majorité est la loi inéluctable de tout groupement parce que les associés y voient le meilleur moyen de satisfaire, dans le groupe, leur intérêt propre » (97). Car la réussite de l'entreprise commune est fonction de ses facultés d'adaptation aux exigences concrètes qu'elle rencontre (98).

C'est la raison pour laquelle les statuts de société civile sont si souvent porteurs d'une clause instituant le pouvoir majoritaire (99). Il favorise la vitalité du groupe en l'affranchissant des entraves toujours possibles de l'unanimité. Cette libération du groupe, par rapport à ses membres, conduit naturellement au plan du droit, à recourir à la technique de personne morale qui en est la consécration, et cela est si vrai qu'en matière de syndicat de copropriétaires, la loi de la majorité a préexisté à la reconnaissance de la personnalité morale. Et de fait on ne peut nier le lien du pouvoir majoritaire et de la personnalité morale. Mais il importe d'en mesurer l'exacte portée et de bien en déceler les limites. Le pouvoir majoritaire favorise l'action d'un groupe, et intensifie sa réalité collective. *Ce faisant, il vient parfaire les effets internes de la personnalité morale, mais il ne les crée pas. Ainsi, en poussant la soumission plus loin que ne le fait la règle de l'unanimité, il augmente en degré la transformation des droits subjectifs opérée par la personne morale, mais la nature de cette transformation prend ses racines ailleurs, dans l'objectif qu'elle se voit assigner par la loi.*

(96) DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, 1937, p. 24, n° 19. — WAHL, *Pouvoir des assemblées générales au point de vue de la modification des statuts*, n° 34, *Journal des sociétés*, 1900, p. 256.

(97) SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes*, Sirey, 1970, pp. 27 et 28, n° 36.

(98) HAMEL, *Rev. Crit.*, 1951, p. 641.

(99) Statut type proposé par Francis LEMEUNIER, *Les sociétés civiles*, Edition Delmas, 1968, L. 19.

Dans ces conditions, on ne peut lui donner dans tout groupement la même signification. Comparant le principe majoritaire dans le syndicat des copropriétaires et dans les sociétés anonymes, un auteur a très justement remarqué que l'analogie entre l'une et l'autre ne pouvait être parfaite, et cela parce que l'objet même du groupement était foncièrement différent. « La société poursuit la recherche de bénéfices, ce qui suppose une gestion destinée à produire les bénéfices les plus élevés possibles, tandis que le syndicat des copropriétaires est seulement chargé de gérer un immeuble dont la consistance est en principe définitivement fixée et dont on répartit entre les membres les dépenses et non des profits » (100).

La loi de la majorité qui est imposée par l'état de groupement sera donc orientée et justifiée par le but de la personnalité morale.

Ainsi se révèle le rapport dialectique qui se développe entre la *finalité* de la personne morale et l'*ordre collectif* qu'elle individualise. Le premier élément de ce rapport constitue la raison d'être de l'ordre collectif et en suscite l'extension et la consolidation. Cela d'autant plus que l'action commune a, par sa durée, vocation à pérenniser le droit individuel dans sa valeur; mais dans le même temps, c'est cette finalité qui en détermine les limites.

§ 2. — La finalité individuelle limite le pouvoir modificateur de droit de la personnalité morale.

23. — Quelle que soit la qualité de l'organisation collective et ses incidences sur la personnalité morale, elle ne doit être considérée que comme le *moyen* plus ou moins élaboré destiné à satisfaire les besoins propres découlant de la spécificité de celle-ci. C'est donc moins par rapport à elle que l'on peut mesurer l'étendue et la force de la personnalité morale, *que par rapport à la nature du droit subjectif* dont sont titulaires les membres du groupement personnifié.

Or, c'est sur ce plan que la seule finalité de la personnalité morale doit éclairer l'analyse. Quelques exemples nous en fourniront la preuve. L'associé en nom se trouve bénéficiaire d'un droit d'une qualité sinon totalement identique, du moins similaire à celle de l'actionnaire. C'est pour l'unique raison qu'à l'image de la société de personnes, la société anonyme a pour but la prospérité du groupement et l'enrichissement de chacun de ses membres (101).

Pourtant, les premières contrairement aux secondes, sont encore dominées pour une large part par la loi de l'unanimité. Inversement, le syndicat des copropriétaires est réglé par le principe majoritaire. Cela n'empêche pas que la nature du droit du copropriétaire soit

(100) PONSARD, *op. cit.*, p. 272.

(101) SCHMIDT, *op. cit.*, p. 29, n° 39.

d'un tout autre ordre que celle de l'actionnaire. De même, pour être intégré à un groupement au fonctionnement duquel il participe de moins en moins, le membre de la masse n'en conserve pas moins, à l'encontre du débiteur, un droit de créance.

C'est, par conséquent, sur le terrain du droit subjectif qu'il faut se placer. La structure de celui-ci et la finalité de la personne morale sont les deux forces concurrentes qui contribuent à la détermination de la personnalité morale interne. L'objet du groupement en est le point de rencontre.

Si la finalité est une notion générale et abstraite sous laquelle on peut rassembler plusieurs types de groupement, l'objet, quant à lui, est une notion concrète propre à chaque collectivité et qui en forme l'originalité. Dans la perspective d'un but donné, un groupement aménage collectivement un droit donné. De là découle son objet. Ce qui distingue la masse des obligataires du syndicat, c'est que la première assure la défense d'un droit de créance alors que la seconde celle d'une liberté.

De la même façon, le particularisme de la société immobilière d'attribution, au regard des sociétés de type classique, procède de ce que l'entreprise commune, qui appelle le mécanisme sociétaire, est tournée vers l'accès à la propriété. C'est pourquoi le droit de l'associé aura tendance à se rapprocher du droit de propriété, en même temps que l'entreprise de construction progressera vers son terme.

L'objet du groupement sous-tend l'action collective (102) et simultanément l'oriente dans le sens défini par sa finalité (103). C'est la raison pour laquelle il sollicite une forme adéquate « chaque groupement, écrit Durand, doit revêtir une certaine forme, employer un certain mécanisme juridique; selon sa finalité, le groupement est appelé à prendre la forme d'une société, d'une association, d'une congrégation, d'un syndicat » (104). Ce qu'il est déterminant de relever, c'est qu'il est toujours d'essence légale. Il s'ensuit que la loi conditionne tout à la fois le pouvoir modificateur de la personnalité morale sur le droit subjectif, et la force de résistance de celui-ci à cette modification. C'est d'elle que dépend l'intensité de la personnalité morale interne qui ne développera d'effet qu'autant qu'il se révèle indispensable à la réalisation de son but.

Lorsque celui-ci est lié à la volonté de défendre ou d'assurer la jouissance d'un droit individuel, les conséquences de la personne morale ne pourront être telles qu'elles détériorent la nature du droit

(102) Sur l'objet social, voir CORDONNIER, *L'objet social*, D. 1952, Chronique, p. 171. — PAILLUSSEAU, Thèse, p. 164, B.a. — CHAPUT, *L'objet social*, Thèse, Clermont-Ferrand, 1974.

(103) Sur la notion d'intérêt social qui se trouve au point de convergence entre la finalité et l'objet : cf. *infra*, 1^{re} partie.

(104) DURAND, *op. cit.*, Mélanges Ripert, p. 142.

pour la sauvegarde duquel elle a été créée, faute de quoi elles videraient de son contenu sa propre cause d'existence.

En revanche, lorsque la fonction de la personne morale, plus offensive, est d'accroître la richesse de ses membres par l'action collective, il devient nécessaire qu'elle soit dotée de prérogatives plus étendues pour y parvenir. Elle implique dès lors une absorption complète des droits qui appartiennent à ses membres. C'est le cas pour les sociétés commerciales dont on a estimé qu'elles devenaient titulaires et de l'exercice et de la jouissance du droit collectif des associés (105). Cela parce que le but visé par eux leur était commun.

L'analyse est profondément exacte, mais elle doit être prolongée car il découle du point de vue de l'associé, de cette absorption, *un effet principal et simultané : la substitution au droit qu'il a apporté à la personne morale d'un droit aux contours originaux*, dont les qualités ont expliqué son adhésion. Lorsque Thaller élabore à la suite de la doctrine allemande, sa théorie des « droits propres » de l'actionnaire (106) il ne fait en réalité que décomposer le contenu de ce droit subjectif d'un type nouveau, en en décrivant les prérogatives substantielles. *Si le groupement y porte atteinte, il se condamne lui-même, car c'est de l'avènement de ce droit nouveau qu'il tient sa justification, et c'est dans les qualités de ce droit qu'il trouve ses limites.*

La corrélation est donc évidente entre le droit subjectif et la personne morale. Il s'avère une action de l'un sur l'autre, génératrice de données juridiques particulières.

Comme on le voit, la distinction entre société et association apparaît insuffisante (107). En réalité, il est préférable, en élargissant le champ d'observation d'envisager les deux séries d'hypothèses qui peuvent se présenter :

— ou bien, la reconnaissance de la personnalité morale provoque l'apparition d'un droit spécifique, composé de prérogatives nouvelles dont le régime sera propre. Auquel cas, bien plus que d'aménager collectivement des droits, la personnalité morale crée un véritable *système juridique*, générateur d'un individualisme, d'une nature nouvelle;

— ou bien, en revanche, la personnalité morale qui reste, dans cette hypothèse, principalement une technique d'expression collective, aménage uniquement la coexistence de droits concurrents et de même nature, ce qui suppose nécessairement un état de groupement

(105) BERTRAND, *op. cit.*, p. 170. — PONSARD, *op. cit.*, p. 272.

(106) THALLER, note sous Cass., 30 mai 1892, D. 1893.I.114. — DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, 1937.

(107) TERRÉ, *La distinction de la société et de l'association en droit français*, in *Mélanges Secrétan*, p. 325. — COUPET, Thèse précitée, sp. introduction.

préexistant. Dans ces conditions, elle a pour effet d'émousser la plénitude de chacun des droits mais dans le même temps, elle peut en accroître l'utilité. Dans ce cas, bien que modifié dans son profil, le droit subjectif du membre pourra être qualifié par référence à sa nature d'origine, c'est-à-dire avant qu'il ne soit affecté par la reconnaissance de l'ordre collectif.

La composition de chacune de ces catégories, il est vrai, n'est pas parfaitement homogène, nous verrons qu'il peut arriver que dans la seconde d'entre elles, sous la pression de l'organisation collective, se manifeste un phénomène « d'opacité », le droit subjectif aménagé, tendant à s'éloigner de son point de référence initial. Mais pourtant jamais totalement, car ce serait alors la personnalité morale elle-même qui serait mise en cause.

De la même façon et symétriquement, on peut rencontrer des personnes morales appartenant au premier groupe qui, malgré leurs effets créateurs, laissent « transparaître » l'individualisme traditionnel parce qu'il participe de la logique de leur objet.

Ainsi, se trouvent en balance de façon permanente : droit subjectif et personnalité morale. Le point d'équilibre sera diversement situé selon que l'on sera en présence d'une personne morale du premier ou du second type. C'est la raison pour laquelle nous envisagerons successivement :

- dans une première partie, les personnes morales opérant « novation » (108) de droit;
- dans une seconde partie, les personnes morales laissant survivre le droit dans sa nature.

(108) Le mot ne doit pas recevoir ici son acception classique. Il indique seulement que la personnalité morale transforme le droit subjectif primitif dans sa totalité opérant une véritable substitution de système.

PREMIERE PARTIE

LES PERSONNES MORALES
OPÉRANT NOVATION DE DROIT

DROIT D'ASSOCIE ET SYSTEME COLLECTIF

24. — L'intensité des effets de la personnalité morale à l'égard de ses membres se mesure tout autant par l'autonomie de sa capacité que par les modifications qu'elle provoque quant à leurs droits individuels (1).

Il serait faux de penser d'ailleurs que les deux phénomènes sont indépendants l'un de l'autre. Ils s'expliquent et se vivifient mutuellement. La capacité de la personne morale n'a pas d'unité intrinsèque ni de vertu constante. Elle est doublement fonction de la finalité du groupement et des impératifs propres à l'environnement juridique à l'intérieur duquel le groupement développe son activité. Or, plus la personnalité juridique du groupement sera élaborée pour remplir son objet, plus elle se détachera de celle de ses adhérents, en même temps qu'elle absorbera leurs droits primitifs.

Cependant, ce processus se heurte en toute hypothèse à un point limite, diversement situé, tenant compte de l'objet même du groupement. Le trait spécifique et commun aux personnes morales qui retiendront désormais notre attention, tient au fait que ce processus ainsi engagé dépasse le seuil au-delà duquel le droit primitif de chacun des membres étant annexé dans sa totalité, il se produit un changement dans sa qualité. Le processus emporte donc simultanément, un effet extincteur, destructeur et générateur de droits, les membres du groupement se voyant reconnaître un droit individuel ayant une structure et une nature originale qu'il sera malaisé, voire

(1) BERTRAND, *De l'ordre économique à l'ordre collectif*, op. cit., p. 178 : « Nous avons vu que l'ordre collectif s'est établi non par le développement de la théorie classique de la personnalité morale mais par des modalités qui affectent plus ou moins gravement la personnalité juridique des individus. »

impossible, de qualifier si l'on prend pour référence les catégories habituellement retenues (2).

La source de cette difficulté réside moins dans la spécificité du droit lui-même que dans le particularisme des règles gouvernant le système juridique né de la personnalité morale.

25. — Car il ne faut pas méconnaître l'ampleur des effets de cette dernière. Ce qui paraît fondamental à l'examen c'est que, lorsqu'elle est complète, la personne morale, dans le domaine étroitement limité de son objet, substitue au système juridique général, individualiste et figé, un système collectif et dynamique; c'est-à-dire qu'elle donne naissance à un « ensemble » dont les « éléments composants (...) loin d'être rassemblés fortuitement, sont liés entre eux par un rapport nécessaire » (3). L'observation mérite d'être approfondie.

C'est l'idée « d'entreprise » entendue ici comme action collective ayant à dessein de préserver, c'est-à-dire de maintenir ou d'augmenter le patrimoine individuel dans un milieu économique par essence fluctuant et corrodant qui soutend le pouvoir interne de la personnalité morale. La force de celle-ci, en provoquant la disparition d'un droit subjectif conforme à la définition classique, suscite l'avènement d'un droit dont les caractéristiques seront en harmonie avec l'ensemble dont il procède et auquel il est intégré.

La mutation ainsi opérée par la personnalité morale est si profonde et si complexe à l'égard des associés (4) que l'on a cru devoir se résigner à ne parler que de « la situation d'associé plutôt que du droit d'associé » (5). Sans doute la remarque indique-t-elle clairement l'apparition d'un système juridique nouveau et cohérent et le caractère multiforme des droits de l'associé. Mais il ne faut point se laisser abuser par la richesse du phénomène, qui reste étroitement limité par l'objet et la spécificité de la personnalité morale. Celle-ci n'affecte qu'un droit et non pas la personnalité juridique à proprement parler des membres. S'il est vrai que celle-ci puisse parfois être concernée, ce n'est qu'à travers le régime particulier du droit.

Cependant, pour être ponctuels, les effets de la personnalité morale n'en sont pas moins dotés d'une grande énergie. Certes, celle-ci est variable mais la diversité ne peut voiler le phénomène essentiel et constant, attaché à la plénitude de la personnalité morale : l'émergence d'un système qui sera, dans ses principes directeurs au moins, en rupture avec ceux généralement reçus. Comme tel, il obéit à une logique qui est sienne et dont les termes, en même temps qu'ils

(2) Sur la nature du droit : *infra*. Cf. MICHOUX et TROTABAS, *op. cit.* — RIPERT et ROBLLOT, *op. cit.*, 4°, 413, 497, 763, 945. — ESCARRA, *Manuel de droit commercial*, Sirey, 1947, p. 1305, n° 544. — CALAIS-AULROY, *Encyclopédie*, Sté Dalloz, V°, associé, n° 2.

(3) CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Armand Colin, p. 141.

(4) Nous entendons ce terme dans un sens générique.

(5) CALAIS-AULROY, *op. cit.*, n° 2, *in fine*.

en dériveront, devront être conformes à sa dynamique. On ne saurait trop insister dès lors sur le fait qu'ainsi le droit de l'associé participe d'un ordre juridique normalement durable (6) et doté d'un mouvement propre orienté par la finalité du groupement.

Si bien que si l'on porte le regard sur les incidences de la personnalité morale sur les droits individuels de ses membres, on doit considérer que le droit rigide et monolytique que consacrait l'ordre classique, laisse la place à un droit d'une plus grande « plasticité » plus malléable possédant par nature la faculté de se transformer pour se réaliser.

Cela se manifeste tout d'abord dès lors qu'est affirmé le principe même de la plénitude de la personnalité morale. La naissance d'un droit, unique certes, mais complexe renfermant des branches multiples, et dont l'un des traits caractéristiques sera sa tendance à se « dématérialiser » (7), à se « mobiliser » en est le corollaire. Mais ce droit est encore par vocation en « devenir ». Il est lié au sort de l'entreprise collective (8). Il s'inscrit donc dans un ensemble ayant en soi de la vitalité. C'est pourquoi sa plasticité se traduira par la facilité avec laquelle il s'adaptera aux transformations nécessitées par l'ensemble dans le respect de son objet et qui sont indirectement celles qui l'appellent lui-même.

26. — Mesurer l'étendue et la force du pouvoir majoritaire au sein d'un groupement, c'est d'une certaine manière, mesurer la faculté d'adaptation du droit de chacun des membres aux exigences d'un système dont la finalité gouverne tout à la fois les éléments fondamentaux de ce droit et son mode de réalisation.

On perçoit ainsi deux séries d'effets attachés à la personnalité morale interne, distincts sans doute les uns des autres, mais en réalité intimement combinés entre eux :

- d'une part, la nature du droit individuel des membres est commandée par le principe de la plénitude légale de la personnalité morale;
- d'autre part, le contenu et le régime de ces droits obéiront aux impératifs spécifiques du système, nés de l'application de ce principe à un objet déterminé.

(6) N'a-t-on pas dénoncé « l'immortalité des sociétés anonymes », cf. VIGREUX, *Le droit des actionnaires dans les sociétés par actions*, 1953, p. 94 et s. — RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, éd 1952, p. 77 et s.

(7) MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, tome II, vol. 2, n° 2 et 4.

(8) On a relevé la précarité de l'apport en société tenant à son caractère aléatoire. Cette précarité signale clairement à l'attention le fait que la substitution de droit ne se prolonge qu'autant que dure la personnalité morale. — HAMEL, *Quelques observations sur les primes d'émission*, Rev. crit., lég. et jurid., 1930, p. 185. — Dans le même sens : FOYER, in *La personnalité morale et ses limites*, op. cit., p. 120, n° 5 ; Sur l'apport en général, voir BLAISE, *L'apport en société*, Thèse, Rennes, 1955.

Il existe donc un élément d'unité fondamentale exprimant pleinement la puissance du phénomène de personnalité morale, puisque générateur d'un ordre juridique original et par voie de conséquence de droits subjectifs, ayant dans une certaine mesure des caractères identiques; et un élément de diversité qui conditionne les effets de la personnalité morale, tout en orientant dans une direction donnée ce même ordre compte tenu du mouvement qui lui est propre.

Toutefois, le système ainsi créé n'est jamais parfaitement autonome du système individualiste général. Faute de quoi, il constituerait un corps étranger « difficilement assimilable ». Or, il est secrété par l'ordre général lui-même. Mais il en subit à des degrés variables les influences. Il paraît, en effet, nécessaire de relever à cet égard que s'il est de la logique interne à certains groupements d'être plus perméable aux principes individualistes traditionnels, et c'est le cas notamment des sociétés en nom collectif ou des sociétés civiles immobilières d'attribution, d'autres, à l'inverse, y sont moins réceptifs. Nous pensons aux sociétés anonymes mais aussi aux sociétés civiles faisant publiquement appel à l'épargne, sans pourtant d'ailleurs qu'ils en soient protégés par une cloison totalement hermétique. Cette observation appelle une remarque complémentaire dont la portée paraît déterminante dans la compréhension de l'évolution suivie par la théorie de la personnalité morale.

L'ordre juridique commun dans son ensemble, tend lui-même, sous la pression de facteurs multiples et divers (facteurs économiques, sociologiques, psycho-sociologiques, politiques), à se modifier. Tandis que se transforment en eux-mêmes les concepts classiques fondamentaux, d'autres, jusqu'alors inconnus, font leur apparition dans un ordre dont une des caractéristiques sera désormais d'être davantage dominé par le relatif et le mouvant conformément à l'idée développée dans l'introduction. On se trouve en face d'un droit moins « actualisé » que « projeté ». Ainsi, la logique juridique du présent laisse la place à la logique du « devenir » (9) dans laquelle les concepts, en perdant leur fixité et leur absolutisme, acquièrent plus de vitalité. Il y a, comme le relevait Emmanuel Levy, « substitution à un régime de possession d'un régime de valeurs » (10).

27. — Ce facteur historique ne saurait être méconnu car il exerce sur les données positives du droit de la personnalité morale un effet d'accélération :

— d'une part, en effet, quand bien même le groupement envisagé serait largement conditionné par l'individualisme de l'ordre commun,

(9) Dans ce sens : CATALA, dans sa remarquable étude sur l'évolution du patrimoine qui écrit : « cette relative stabilité des notions ne doit pas faire illusion en un temps où le devenir l'emporte sur l'être ». R.T.D. Civ., 1966, p. 187, n° 2.

(10) Fondements du Droit, 1933, p. 82. Cf. également RIPERT, *Aspects du capitalisme moderne*, p. 190, n° 55, *Les richesses nouvelles*.

celui-ci s'exprimera de façon différente et présentera un autre profil que celui qui était le sien au début de ce siècle. Moins parfait, il devra s'accommoder des nécessités propres à l'entreprise collective et par là, de l'intérêt des tiers. Les dispositions de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés en nom collectif (11), comme d'ailleurs plus récemment le projet de loi portant modification des dispositions de l'article 1.832 et suivants du Code civil (12), fournissent à cette remarque deux bons exemples (13); plus significatif encore est celui des groupements d'intérêt économique. La doctrine est unanime pour saluer en eux une technique dont la qualité principale, qui réside dans la souplesse et la liberté de leur fonctionnement, tiendrait à la revalorisation de l'idée contractuelle (14). Mais il serait faux de penser que le contrat ainsi renaissant ait des traits totalement identiques à ceux du contrat que consacrait à l'origine le Code civil. Il n'est plus cristallisé et renferme des possibilités d'adaptation, de mobilité;

— d'autre part, le raisonnement adopté par les tribunaux pour donner une solution aux conflits nés à l'intérieur d'un groupement, n'emprunteront plus la démarche imposée par le recours aux concepts classiques. L'évolution suivie par la doctrine et la jurisprudence dans la recherche d'un fondement à la protection des droits individuels de l'actionnaire nous permettront d'illustrer cette dernière observation.

Elle a sans doute été, à maintes reprises, signalée (15). Cependant, sa signification appelle quelques commentaires sous l'angle de vue dans lequel nous situons notre étude. Ce qu'il y a de remarquable dans cette évolution réside moins dans les solutions qui en sont découlées — sans doute importantes — que dans l'apparition de concepts et de raisonnements propres, se détachant peu à peu de ceux utilisés dans l'ordre juridique commun, qui ont été à l'origine de ces solutions. Le règlement des conflits internes au groupement paraît ainsi avoir suscité le recours à des mécanismes originaux. Il y a dans le développement de cette autonomie le signe de l'effet authentiquement générateur de système de la personnalité morale. Or, cette évolution s'est produite d'autant plus aisément que, comme nous le relevions précédemment, l'ordre juridique général s'est lui-

(11) DERRIDA, *op. cit.*, Mélanges Audinet.

(12) Projet de loi, n° 10858.

(13) Inopposabilité aux tiers des clauses statutaires limitant le pouvoir des gérants. Art. 1849 du projet de loi. Possibilité de continuation de la société malgré le décès de l'associé, art. 1870, du même projet.

(14) DURAND et LATSCHA, *Le groupement d'intérêt économique*, 1958. — GUYON et COQUEREAU, *Les groupements d'intérêt économique*, 1969. — GUYENOT, *Les contrats de groupements économiques*, 1970, D.S., 1969, L. 187, Rev. So., 1969, p. 162. — LAVABRE, D. 1969, chron. 35, D. 1970, Chronique 101.

(15) Voir notamment : DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, Thèse, pp. 13 à 31, n° 5 à 28. Voir également : NOIREL, *op. cit.*, 82 à 85, n° 109.

même transformé. Elle est dominée par l'abandon de l'idée contractuelle (16).

28. — On sait que le problème de la sauvegarde des droits individuels a surgi avec celui de la détermination de l'étendue du pouvoir de l'assemblée des actionnaires de modifier les statuts (17).

Au cours d'une première période, il existe une confusion totale entre le raisonnement applicable aux situations de droit commun et celles nées du fonctionnement de la société anonyme. La société, estime-t-on alors, est un contrat soumis comme tel aux dispositions de l'article 1.134 du Code civil, aussi les modifications statutaires devront-elles recueillir l'unanimité des suffrages (18).

Satisfaisante au regard des règles traditionnelles, cette analyse avait pour réel effet de rendre grandement vulnérable la société aux aléas du milieu économique. Aussi fut-elle assez rapidement écartée. On lui préféra la théorie dite « des bases essentielles » qui marque, il est vrai, par rapport à cette première conception purement contractuelle, un progrès technique indéniable, sans toutefois que soit affecté le fond même du raisonnement.

Sans doute la jurisprudence favorisa en y recourant le dynamisme de la société, en permettant que certaines clauses statutaires soient révisées par la simple majorité des voix, dès lors qu'elles ne présentaient pas un caractère essentiel (19). Mais les bases de cette solution demeurent purement contractuelles puisqu'elles reposent sur la recherche de l'intention des associés qui est de soumettre dans leur propre intérêt, une partie du régime de leurs droits à la loi majoritaire. « C'est, écrit Bourcart, l'interprétation raisonnable de la pensée des contractants, c'est le respect de leur intention, il ajoute, « paradoxalement, c'est le respect du principe contractuel qui aboutit à la loi de la majorité » (20). Ce dernier propos est révélateur de la méthode adoptée comme du fondement de la solution retenue. Sans doute la société anonyme doit-elle faire face à des problèmes de

(16) AMIAUD, *L'évolution du droit des sociétés par actions*, Mélanges Ripert, p. 287 et s., et spécialement, p. 299.

(17) NOIREL, *op. cit.*, n° 109, *adde*, Paris, 24 novembre 1954, grands arrêts de la jurisprudence commerciale, 1962, n° 67, p. 214, *adde* THALLER, note Civ, 20 mai 1892, D. 1893.I, p. 105. — LYON-CAEN, 1892, p. 56.

(18) Dans ce sens, voir HOUPIN, *Traité des sociétés*, 3^e édition, tome II, n° 906. — LYON-CAEN et RENAUD, *Traité de droit commercial*, 3^e édition, tome II, n° 864. *Adde*, En jurisprudence : Paris, 30 juillet 1891, D. S., 1892, p. 107, cité par NOIREL, thèse précitée, n° 110, note bas de page n° 2.

(19) Sur la théorie des bases essentielles : cf. BOURCART, *Organisation et pouvoir des assemblées générales dans la société anonyme*. Influence de la loi du 14 novembre 1903 sur les assemblées générales extraordinaires pour modifier les statuts sociaux. *Journal des sociétés*, 1912, p. 112. En jurisprudence : Paris, 19 avril 1875, D. 1875.2.161. Conclusions avocat général HEMARD, S., 1876.2.119.

(20) BOURCART, *Influence de la loi de 1903*, *op. cit.*

nature particulière, mais ce n'est que dans la voie contractuelle que l'on peut trouver le moyen d'y répondre.

On sait quelle fut la critique formulée à l'encontre de cette doctrine. L'incertitude dans laquelle on se trouvait de déterminer le caractère essentiel de telle ou telle stipulation, devait conduire à la mise en place d'une « construction arbitraire » (21). Le bien-fondé de ce reproche n'est plus à démontrer. Mais au-delà, et ici réside son intérêt théorique, il dénonce indirectement l'insuffisance des mécanismes du contrat. Il met en lumière la nécessité de se tourner vers une réponse véritablement spécifique aux problèmes posés.

La prise en considération de cette exigence est à l'origine d'une opinion doctrinale qui marque une étape importante. Nous voulons parler de la théorie des « droits propres » de l'actionnaire dont Thaller exposa les lignes de force (22). Il reste à en préciser les termes et à en délimiter la portée. Certes, elle eut le grand mérite de dégager la notion de personne morale interne, qui, selon elle, s'exprime dans la manifestation d'une volonté collective et en corollaire, celle de droits individuels intangibles (23). Mais elle ne s'affranchit pas totalement des analyses classiques.

En effet, pour les partisans de cette théorie, la relation qui s'établit entre la personne morale et ses membres est contractuelle, et c'est dans le principe du contrat qu'il convient de rechercher la double justification, et à la soumission à la volonté majoritaire, et à l'intangibilité de certains droits individuels. L'une et l'autre trouvant leur fondement respectif dans l'engagement mutuel de l'associé et de la société (24). L'innovation la plus remarquable de la théorie des droits propres ne résulte donc pas de l'abandon du raisonnement contractuel mais uniquement d'une nouvelle application de ce raisonnement; le contrat société-associé étant substitué au contrat entre associés. Au demeurant, elle laissait planer une incertitude quant aux droits des actionnaires qui devaient être considérés comme propres. Si la jurisprudence reprit l'expression de droit propre de l'actionnaire, elle ne retint pas cependant le raisonnement de cette doctrine.

L'ultime phase du développement du conflit opposant le pouvoir collectif au pouvoir individuel est dominée par la rencontre de deux

(21) NOIREL, *op. cit.*, n° 3.

(22) Note sous 30 mai 1892, précitée.

(23) THALLER donne la liste suivante de droits intangibles : droit de traiter avec une société régulière, droit de ne pas être exclu, droit de limiter son risque, droit de négocier ses actions. Mais d'autres auteurs ont donné un contenu différent à cette liste. Voir notamment : BOURCART, *De l'organisation et des pouvoirs de l'assemblée générale*, n° 75, p. 298. — WAHL, note sous req., 18 octobre 1899, Sirey, 1901.I, p. 81. — CLUZANT, *Les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire et les droits propres de l'actionnaire*, Thèse, Toulouse, 1906, n° 4.

(24) Cette idée domine la thèse de M. DU GARREAU DE LA MÉCHENIE. Voir spécialement p. 103 et s.

courants dont l'apparente antinomie ne peut voiler la complémentarité des effets. Le premier d'entre eux a eu pour objet d'élargir le champ d'application des décisions majoritaires, le législateur ayant, par des dispositions successives et toujours extensives (25), habilité l'assemblée générale à apporter par simple délibération majoritaire des modifications non seulement aux statuts mais encore à la forme et à l'objet de la société. Ce faisant, il interdisait tout recours au mécanisme contractuel, et allant au-delà des doctrines les plus avancées, il posait en termes nouveaux, en même temps qu'il lui conférait un caractère plus aigu, le problème de la protection des droits individuels de l'associé.

Fallait-il se résigner au constat de l'omnipotence de l'assemblée (26) ? Mesurer l'étendue de son domaine d'action eut permis de le penser si, simultanément, les décisions collectives n'étaient devenues plus vulnérables. Car c'est le dessein du second courant qui traverse le droit des sociétés anonymes que d'accentuer le contrôle du pouvoir majoritaire, non seulement compte tenu des conditions nécessaires à la validité des délibérations, mais encore et surtout au regard de leur opportunité. Désormais, elles devront se justifier par *l'intérêt social* exclusivement (27).

Il n'entre pas dans le propos que nous tenons d'analyser la mise en œuvre de cette notion ni d'en décomposer le contenu dont la richesse et le caractère pluri-fonctionnel ont été ailleurs mis en lumière; mais il nous appartient en revanche de tirer de son essor jurisprudentiel les conclusions qu'il implique dans la perspective de l'évolution que nous avons entrepris de retracer rapidement. De ce point de vue, le recours à ce concept nouveau constitue la manifestation la plus évidente de l'adoption par les tribunaux d'une méthode de raisonnement originale délivrée de toute référence contractuelle. L'utilisation d'un instrument « technique » (28) particulier, destiné

(25) Loi du 23 novembre 1913. Loi du 1^{er} mai 1930. Loi du 25 février 1953. Articles 153 et 154, loi du 24 juillet 1966.

(26) Sur l'omnipotence de l'assemblée, voir DALSACE, *V^e Assemblée Encyclopédie droit des sociétés*, Dalloz. Voir également : *L'actionnaire et l'assemblée générale de la société Anonyme*, Rev. Soc., 1960, p. 254. — SECRÉTAN, *L'assemblée générale, pouvoir suprême de la société anonyme*, cité par PATRY in *Mélanges Secrétan*, p. 227. Contre l'omnipotence de l'assemblée : TUNC, *L'effacement des organes légaux de la société anonyme*, Dalloz, 1952, p. 73.

(27) Sur la notion d'intérêt social : cf. NOIREL, *op. cit.*, p. 85. — SCHAPIRA, *L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme*, R.T.D.C., 1971. — PAILLUSSEAU, *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise*, p. 173 et s., et p. 196 et s. — SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes*, p. 57 et s. — CONTIN, *L'arrêt Fruehauf et le droit des sociétés*, Dalloz. 1968, 8^e et 9^e cahiers. — CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration des sociétés anonymes*, p. 186 et s. — BERMOND DE VAULX, *L'usage de la notion de contrôle par le Conseil d'Administration ou le directoire dans les sociétés anonymes*, J.C.P. 1970.I.23.66.

(28) SCHAPIRA, *op. cit.*, p. 958, n^o 2, *in fine*.

à régler les conflits internes nés du fonctionnement de la société anonyme, marque l'autonomie du droit qui lui est applicable. Aussi paraît-il opportun de s'interroger sur le sens et la portée du phénomène.

29. — L'intérêt social constitue le facteur principal de cohésion interne du groupement; car il est en quelque sorte le centre de gravité de l'ordre juridique émanant de la personnalité morale. Vers lui doivent converger les forces parfois opposées qu'il recèle. Il est le point de rencontre du pouvoir collectif et du pouvoir individuel. On peut ainsi considérer que l'intérêt social gouverne, dans une certaine mesure et indirectement, l'étendue et le régime du droit individuel de l'associé, de même que les pouvoirs de la majorité.

Certes, la teneur de ce droit est-elle la résultante du jeu conjugué de l'objet et de la finalité du groupement. Mais en tant qu'il participe de l'un et de l'autre, l'intérêt social apparaît comme l'élément moteur du système découlant de la personnalité morale et soutend le pouvoir collectif, tout autant qu'il en fixe les limites qualitatives. Ainsi, n'est-il pas sans rappeler la cause de l'engagement contractuel qui se présente comme étant tout à la fois la limite et la garantie de l'autonomie de la volonté.

Aussi il n'est pas illogique que la jurisprudence ait autorisé la majorité à porter atteinte à l'étendue de certaines prérogatives personnelles dans la mesure où l'intérêt social l'exige (29) sans que l'existence même de ces prérogatives puisse toutefois être remise en question, car elles sont par nature inhérentes à un droit individuel particulier dont les caractères sont en harmonie avec la logique collective et dynamique du système lui-même.

Cette analyse ne saurait d'ailleurs être limitée à la seule société anonyme. Elle pourrait être appliquée aux autres groupements dotés d'une personne morale opérant substitution de droits. Certes, la définition de l'intérêt social pourra être plus ou moins proche de l'intérêt individuel de chacun des associés selon que la forme de société envisagée sera plus ou moins perméable aux données individualistes du droit commun. Mais il ne s'agira là que de différences affectant le profil de la notion et non pas sa nature.

L'intérêt social est le corollaire de l'existence d'un système en mouvement subissant les effets de forces contradictoires. Aussi il serait vain de voir dans la promotion jurisprudentielle de la notion d'intérêt social en matière de société anonyme un phénomène qui lui serait propre et la consécration de leur caractère « institution-

(29) Req. 26 mai 1936, Sirey, 1937.I, Note ROUSSEAU, Paris, 2 novembre 1954, Dalloz, 1954.I.758. Cass. Com. 18 avril 1961, *Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, n° 69. Note HOUIN, S. 1961.I.P. 257, note DALSACE, J.C.P. 61.II.12.164, ob. BASTIAN, D. 1961.661. R.T.D. Co. 1961.634. Obs. HOUIN. — AUTESSERRE, *Du report à nouveau et de l'autofinancement des sociétés*, S. 1961, chron., p. 59 et s., Cass. 11 octobre 1967, Dalloz, 1968.136, R.T.D. Co., 1968, p. 99, observations HOUIN.

nel ». A vrai dire, le classique débat opposant les tenants d'une analyse contractuelle de la société par actions aux défenseurs de l'analyse institutionnelle (30) nous paraît procéder d'un postulat inexact selon lequel ne seraient purement contractuels que les groupements librement formés et dont les modalités de fonctionnement appartiendraient à la seule volonté de leurs membres (31).

Nous avons montré que la volonté qui préside à la formation du groupement doit être distinguée de celle qui concourt à son activité. Si la première est authentiquement contractuelle, la seconde, en revanche, n'apparaît que comme l'élément moteur de l'exercice d'un droit subjectif dans un système juridique donné. Par voie de conséquence, l'opposition contrat-institution ne semble pas donner un exact reflet des situations juridiques rencontrées. S'il existait, entre les sociétés de capitaux et les sociétés de personnes, une différence de nature, comme la théorie institutionnelle le laisse supposer, comment expliquer que les unes et les autres soient soumises aux mêmes principes fondamentaux (32). Mieux vaut, en toute hypothèse, limiter la fonction contractuelle à la seule formation de la société et se délivrer de l'idée qu'elle peut se perpétuer dans son fonctionnement.

Dès lors qu'au terme d'un processus contractuel est reconnue l'existence d'une personne morale « parfaite », celle-ci, de par le pouvoir qu'elle détient de la loi, provoque l'avènement d'un ordre juridique collectif dont les composantes seront de façon générale, *d'avantage dominées par l'idée de valeur que par celle de possession*. Le principe a donc un effet d'accélération dans les limites de l'objet du groupement, du courant qui traverse le droit commun.

Cependant, au sein de cet ordre, subsistera, à des degrés variables, l'individualisme de l'ordre général et donc la volonté individuelle d'exercice. Il est vrai que plus sera étendue et forte l'intervention législative, plus sera soulignée l'autonomie du système ainsi créé. Mais cette intervention du législateur dans le fonctionnement du

(30) HAURIU, *La théorie de l'institution*, 1935. — GAILLARD, *La Société anonyme de demain*, 2^e édition, 1953. — LACHMAN, *La transformation de la société anonyme moderne*, Thèse, Grenoble, 1937. — AMIAUD, *L'évolution du droit des sociétés par actions*, Mélanges Ripert, tome II, p. 287. — BERDAH, *La responsabilité des administrateurs de société anonyme*, Thèse, Nice, 1971, dactylographiée.

(31) M. DIDIER observe à cet égard « que probablement les juristes gagneraient à utiliser ici une distinction du genre de celle que les linguistes font entre ce qu'ils appellent la langue et la parole (...). La langue, c'est la partie sociale du langage extérieur à l'individu, la parole, au contraire, est un acte individuel de volonté et d'intelligence ; plus brièvement, la langue est « institution et système », la parole, « acte individuel de sélection et d'actualisation » (Barthes, éléments de sémiologie). Admise dans les disciplines juridiques, cette distinction suggérerait une nouvelle distribution du couple institution-contrat. Au lieu d'être opposés, ces termes désigneraient les deux faces de tout phénomène juridique : la face institutionnelle sociale (la langue des linguistes) et la face contractuelle individuelle (la parole). *Droit Commercial*, Thémis, P.U.F., I.300.

(32) La loi de 1966 n'a-t-elle pas consacré un certain nombre de mesures communes à toutes les sociétés ?

groupement ne fait que modifier la forme du phénomène sans en affecter la nature. Quelle que soit l'intensité de l'intervention législative, elle laissera une place appréciable à l'exercice de la volonté individuelle. Inversement, celle-ci ne gouvernera jamais totalement et absolument le fonctionnement de la société. Aussi convient-il de faire clairement le départ entre la phase constitutive de la personne morale, dont l'axe porteur demeure le contrat, et sa phase de fonctionnement rattachée, quant à elle, à *l'idée de système*.

Certes, il existe un lien entre les deux, — dans la mesure où les traits particuliers des systèmes nés de chacune des personnes morales que nous examinerons, dicteront pour partie les conditions et les modalités d'expression de la volonté contractuelle —, sans pourtant que ce lien affecte la distinction en elle-même.

30. — Au terme de ces observations, on doit donc constater que l'élément déterminant de la qualité des personnes morales qui désormais retiendront notre attention, tient au pouvoir de substitution qu'elles tirent de la loi. L'analyse du droit des membres ne peut être dissociée de cette idée. Leur force interne est si puissante qu'elle absorbe le droit primitif de l'associé dans sa totalité pour lui transférer un droit nouveau. Cependant, si de ce principe unique découlent les constantes du droit de l'associé, il pourra encore, dans certains types de personne morale, être soumis quant à son régime à des règles et à des raisonnements, et plus généralement à une logique empreinte de l'individualisme classique; et cela lorsque l'objet du groupement, et par voie de conséquence, la teneur du droit en sollicitent l'application.

Ainsi l'autonomie du système spécial par rapport au système général sera-t-elle plus ou moins marquée. Il est vrai que le facteur historique de la transformation de l'ordre juridique commun — que nous avons évoqué précédemment — a eu pour effet d'accentuer le caractère relatif des solutions et de favoriser l'essor de cette autonomie essentielle. Mais celle-ci ne sera jamais parfaite et cela, même dans le cadre du système pourtant très élaboré des sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne.

Pourtant, bien que l'individualisme classique projette une ombre de densité variable sur l'ordre spécial émanant du groupement, il ne saurait être, au sein de cet ordre, restauré dans sa plénitude car il y a, par l'effet des conséquences attachées par la loi à la reconnaissance de la personnalité morale interne, renversement d'un principe directeur.

Aussi, faut-il soigneusement distinguer le principe de substitution de systèmes inéluctablement liés à la personnalité morale interne étendue qui commande la nature du droit individuel de l'associé, de la dynamique du système propre à chacune des personnes morales que nous retiendrons, et qui est, quant à elle, la résultante de l'application du principe à un objet et à une finalité déterminés.

Il existe donc, à côté du principe unique de substitution (Titre 1^{er}), des facteurs de diversité qui commanderont l'autonomie du système spécial, en même temps qu'ils modèleront la teneur réelle du droit de l'associé (Titre II). Il nous faut vérifier successivement chacun des termes de cette proposition.

TITRE PREMIER

Le principe de novation et la nature du droit d'associé

31. — Suivant une opinion classique tous les effets attachés à la personnalité morale, quelle que soit la diversité des rapports qu'ils supposent, ont une même origine : la reconnaissance par l'ordre juridique, et dans cet ordre, d'un sujet de droit doté d'une vie propre distincte de celle de ses membres. La personne morale n'est-elle pas l'attribution « de droits et d'obligations à des sujets autres qu'humains » (1).

Ainsi, que l'on se place dans la perspective des relations internes au groupement, ou dans celle des relations extérieures, la singularité des situations observées ne s'explique que par une cause unique : l'avènement d'un nouvel être juridique. Satisfaisante pour justifier l'originalité des rapports qui s'établissent entre le groupement et les tiers, cette conception l'est moins si l'on porte l'éclairage à l'intérieur même du groupement. La réalité de l'autonomie de ce dernier à l'égard de ses membres se révélant ici « imparfaite » (2).

La remarque peut surprendre. Il importe d'en préciser le sens.

(1) PLANIOL et RIPERT, *Traité de Droit civil français*, Paris, 1952, tome I, *Les personnes*, par SAVATIER, n° 66, p. 80. Cf. également reprenant des définitions similaires, MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, tome I, *Les personnes*, p. n° 766. — Alex WEILL, *Droit civil*, Editions Dalloz, 1968, n° 575, p. 407. — CARBONNIER, *Droit civil*, 1967, p. 257 ; adde ouvrages plus anciens : SALEILLES, *De la personnalité juridique*, *Histoire et Théorie*, 2^e édition, 1922. — MICHOUUD et TROTABAS, *op. cit.* — COULOMBEL, thèse précitée. — HAMEL, *La personnalité morale et ses limites*, D. 1949, chr., p. 141.

(2) FOYER, in *La personnalité morale et ses limites*, p. 120.

32. — On admet en effet traditionnellement que la nature mobilière des parts sociales ou actions, quand bien même le fonds social fut-il exclusivement composé de biens immobiliers (3) constitue la manifestation la plus tangible de la personnalité morale, et c'est précisément par référence à la nature du droit de l'associé que fut démontrée l'existence même de la personnalité juridique de certains groupements (4).

Il n'est pas douteux que cette démonstration soit parfaitement exacte. La qualité du droit de l'associé étant directement liée à la reconnaissance de la personnalité morale. Ce qui, en revanche, mérite d'être analysé, c'est la nature du phénomène juridique expliquant que le membre du groupement soit en toute hypothèse titulaire d'un droit mobilier.

Il est unanimement admis que cela tient à l'avènement dans l'ordre juridique d'un nouveau sujet de droit. Ainsi le droit de l'associé serait la conséquence immédiate d'une relation inter-personnelle établie entre l'associé et la société. Cette vue des choses implique entre l'un et l'autre, un rapport « linéaire » s'inscrivant dans un système juridique unique : le système général. « Il existe, a-t-on pu écrire, à côté d'associé une personne supplémentaire qui est la société personnifiée » (5).

Cette doctrine apparaît d'autant plus séduisante que la qualité d'associé est le plus souvent subordonnée à l'engagement pris par lui de faire l'apport d'un bien au groupement (6). De telle sorte que le droit qu'il acquiert est tout naturellement considéré « comme la contre-prestation » à cette obligation (7). L'associé aurait un droit *contre* la société. Dans la logique de ce principe, on confère à l'apport une nature purement translatrice.

Mais c'est précisément sur ce point que se révèle son impropriété à rendre compte de la complexité de la réalité. Le caractère translatif de l'apport ne résulte que d'un raisonnement analogique, ce qui, en soi, dénonce déjà son imperfection. Il ne peut expliquer et justifier la totalité de l'incidence de la personnalité morale sur la situation patrimoniale des associés. On a déjà démontré, par une argumentation dont la qualité ne saurait être contestée, la précarité de l'apport (8) « l'apporteur relève à ce sujet M. Foyer, n'entend pas se

(3) Article 529 du Code civil.

(4) Cf. *infra*, p. 72, en jurisprudence : Req. 9 février 1864, D. 1864.I.138, 28 juillet 1884, S. 1886.I.465, 2 déc. 1885, D. 1886, p. 35. Cf. également : Rouen, 27 mars 1895, S. 1898.II.185, note WAHL ; *adde* en doctrine : cf. notamment THALLER et PIC, *Traité des sociétés*, tome I, n° 161 et s.

(5) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, tome III, *Les biens*, par PICARD, n° 114, p. 118.

(6) BLAISE, *L'apport en société*, Thèse, Rennes, 1955. Cf. également CALAIS-AULOY, *Encyclopédie Dalloz, Sociétés*, V°, *Associé*, n° 14.

(7) FOYER, *op. cit.*, p. 120.

(8) HAMEL, *Quelques observations sur les primes d'émission*, Rev. Crit. Lég. et Jur., 1930, p. 185.

dessaisir irrévocablement du bien mis en société. Il espère le reprendre en nature lors de la dissolution de la personnalité morale ou à tout le moins le reprendre en valeur » (9).

Il est, par ailleurs, significatif à cet égard que le droit fiscal, dont le réalisme a été signalé (10), ait longtemps méconnu l'effet translatif de l'apport. Pour avoir rapproché le régime fiscal de l'apport de son régime civil, la loi du 12 juillet 1965 ne les a pas totalement assimilés l'un à l'autre puisque le premier tient compte aujourd'hui encore de la nature de l'apport et de la forme sociale adoptée (11).

Si bien que si l'on peut considérer que la construction échafaudée sur la base de l'article 529 du Code civil répond au besoin de l'efficacité juridique, on ne doit pas cependant oublier que les parts sociales renferment en permanence un intérêt, plus précisément des droits « latents » (12), sur l'actif social, qui dépendent dans une mesure variable, du droit primitif de l'associé. L'exigence de l'évaluation des apports n'est-elle pas la manifestation évidente de ce lien de dépendance ? L'étendue du droit social du membre du groupement et, par conséquence, le pouvoir qui lui est reconnu d'influer sur le sort collectif, sont conditionnés par l'importance de son apport.

Aussi bien, quelle que soit l'autonomie légalement attribuée à la personnalité morale d'un groupement, il semble que :

- d'une part, *l'individualisme classique se perpétue en quelque sorte, à des degrés divers certes, mais de façon certaine dans l'ordre collectif*;
- d'autre part, que l'apporteur conserve toujours avec le bien par lui apporté un lien de droit d'une nature originale il est vrai, et ce, aussi distendu et diffus que ce lien puisse paraître.

S'accommodant mal de la persistance de ce lien, la thèse classique paraît encore impropre à justifier que tous les associés soient titulaires sur le fonds social d'un droit de nature identique, et qu'ils se trouvent, par voie de conséquence, sur un pied d'égalité juridique alors que celle de leur apport varie. Plus précisément elle ne se concilie qu'imparfaitement avec la possibilité donnée aux adhérents de certaines sociétés de faire uniquement apport de leur industrie ou avec le principe d'actionnariat ouvrier (13). De la même façon, elle ne peut expliquer que les membres d'un groupement d'intérêt

(9) FOYER, *op. cit.*, pp. 120 et 121, évoquant dans le même sens, PIC et KREHER, *Traité des sociétés commerciales*, tome I, n° 684, cf. également Jean-Maurice VERDIER, *Encyclopédie Dalloz, Sociétés*, V°, *Liquidation-partage*, n° 517.

(10) FOYER, *ibidem*.

(11) DE JUGLART, IPPOLITO, *Traité de Droit Commercial*, tome II, Edition Montchrestien, 1970, p. 161, n° 381, adde COZIAN, *La fiscalité de l'entreprise ; Dictionnaire permanent de droit fiscal*, V°, *Société*, n° 10 et s.

(12) BERMOND DE VAULX, *Les droits latents des actionnaires*, Sirey, 1965.

(13) BARDOUL, *L'attribution d'actions aux salariés au titre de la participation des salariés aux fruits de l'expansion de l'entreprise*, *Rev. soc.*, 1970.603.

économique aient un droit soumis aux dispositions de l'article 529 du Code civil, alors que l'obligation aux apports est dans ces groupements purement facultative (14).

Ainsi, dans ce dernier cas, l'associé acquiert un droit mobilier du fait de la reconnaissance de la personnalité morale, sans avoir fait d'apport. On ne peut plus désormais considérer ce droit comme la contrepartie d'un bien transféré à la personnalité morale. Il ne peut être le résultat d'une relation contractuelle associé-société.

Il importe alors de rechercher dans une autre direction le fondement du droit de l'associé.

33. — Cette recherche implique un préalable. L'abandon de l'idée suivant laquelle l'ensemble des conséquences juridiques de la personnalité morale, qu'elles affectent les rapports internes ou externes au groupement, trouve sa source dans une cause unique : la reconnaissance d'un nouveau sujet de droit. Cette vision unitaire doit laisser la place à une conception dualiste.

Ce qu'il y a, en effet, de remarquable dans le principe d'une personnalité morale complète — c'est-à-dire dotée d'un véritable pouvoir novatoire — c'est qu'il recèle des effets de nature différente, hétérogènes, que l'on peut rattacher à deux grandes lignes de force, dont la rencontre fait la cohérence et l'originalité :

- d'une part, il suppose, il est vrai, l'existence d'un sujet de droit ayant dans l'ordre juridique général une vie propre; on lui reconnaîtra dans la limite de son objet, la possibilité d'avoir des droits individuels identiques à ceux attribués à toute personne juridique;
- mais d'autre part, et ce phénomène doit retenir particulièrement notre attention, ce même principe est doté par la loi d'une authentique vertu créatrice, en ce sens qu'il donne naissance à un système juridique spécial qui vient, en quelque sorte, supplanter le système général.

Le droit de l'associé procède directement de l'avènement de ce système et non pas de la reconnaissance en soi d'un sujet de droit. La réalité du droit de l'associé ne peut être définie que par référence à l'ordre collectif et dynamique né de la personnalité morale et non pas par référence à l'ordre juridique général. La raison d'être de ce droit c'est la personnalité morale en tant qu'elle a un effet générateur de système.

Sans doute, l'ordre général assure-t-il la protection du droit de l'associé, mais de façon médiate. Ainsi peut se motiver l'originalité du rôle joué par les tribunaux à l'intérieur des groupements person-

(14) Ordonnance du 23 septembre 1967, article 2.

nifiés (15). Certes, il serait excessif de penser que le juge est devenu un organe social; mais, plus fréquente, son intervention a changé de signification. Elle obéit à une logique collective et non plus individualiste. Car il s'agit de mesures de sauvegarde s'inscrivant dans la logique d'un système donné et n'ayant de signification que relativement à ce système.

A travers le régime du droit de l'associé c'est la cohérence interne et la force de l'ordre collectif tout entier que préserve la loi. A vrai dire, l'associé n'a pas de droit contre la société mais un droit *dans* la société (16). Ce n'est qu'en admettant cette dualité fondamentale que l'on est en mesure de dissiper l'ambiguïté des situations observées.

Ainsi, si l'on examine la nature juridique de l'apport, on doit constater que si elle est purement translatrice à l'égard des tiers, le groupement devenant pleinement titulaire des droits et actions naissant du droit objet de l'apport, il n'a pas, au même degré, ce caractère si l'on se place du point de vue de l'associé. Ici, l'effet juridique, attaché au mécanisme de l'apport, est moins d'opérer un transfert mutuel de droits entre l'associé et la société que de transformer dans sa substance même le droit primitif, objet de l'apport (17).

La personne morale a donc principalement un pouvoir modificateur de droit; ce pouvoir peut cesser d'être simplement modificateur pour devenir créateur lorsque la qualité d'associé n'est pas subordonnée à l'exigence de l'apport.

Mais pour participer de nature foncièrement différente, les deux séries d'effets, procédant de la reconnaissance de la personnalité morale parfaite, n'en demeurent pas moins étroitement liées entre elles. Ces liens donnent son unité au principe lui-même. C'est la raison pour laquelle notamment la capacité de la personnalité morale en tant que sujet de droit sera conditionnée par son objet et plus généralement par la finalité du système auquel elle a donné naissance. Mais inversement, ce dernier n'acquerra de véritable autonomie qu'autant que celle du sujet de droit sera consacrée.

On le conçoit, cette relation dynamique ne peut être sans influence sur le droit de l'associé, car si la spécificité de ce droit tient à

(15) CONTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, Thèse, Rennes, 1972, n° 675 et s., et sp. 682. — D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, 1970. — NOIREL, *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*, 1958. Cf. sp. n° 404 à 436, p. 286 et s., adde VIGNES, *Les pouvoirs du juge des référés commerciaux*, R.T.D. Co., 1950, 350. — LAPP, *La nomination judiciaire des administrateurs de société*, R.T.D. Co., 1952, 769. — CONTIN et HOVASSE, *L'expert de minorité dans les sociétés par actions*, D. 1971, p. 75.

(16) RODIÈRE et HOUIN, *Les groupements commerciaux*, *Droit commercial*, Dalloz, 1971, n° 294, p. 294.

(17) DELHAY, Thèse précitée, p. 439... « C'est ainsi que s'explique la notion d'apport en société relativement à l'apporteur. L'opération s'analyse plutôt en un changement de qualité du propriétaire initial qu'en un véritable transfert de propriété. »

l'existence d'un système collectif, les traits de cette spécificité seront plus ou moins marqués selon que la personnalité morale sera ou non pleinement reconnue comme sujet de droit de l'ordre général.

En d'autres termes, si l'originalité du droit de l'associé découle du principe de personne morale en tant qu'il est générateur du système (Chapitre I^{er}), elle demeure cependant liée au sort de la personnalité morale en tant qu'elle est un être juridique (Chapitre II). Il nous faut nous placer de ce double point de vue.

CHAPITRE PREMIER

La spécificité du droit d'associé.

34. — Fondamentalement ambivalent, le droit de l'associé ne peut trouver sa place à l'intérieur des catégories classiques de droits patrimoniaux. C'est qu'« il est un droit *incorporel* en marge de la classique distinction bipartite » (1) qui — reposant sur le principe selon lequel il n'existerait que deux ordres de rapports juridiques entre les personnes et les choses d'une part, et entre les personnes elles-mêmes d'autre part — oppose aux droits réels qui confèrent à leur titulaire des prérogatives immédiates et absolues sur une chose, les droits personnels recelant un pouvoir de contrainte à l'égard d'une personne.

Or, la spécificité du droit du membre d'une personne morale parfaite provient de ce qu'il est un droit de propriété incorporelle, susceptible de renfermer des pouvoirs dont l'utilité pourra être voisine, selon la nature et la forme du groupement, de celle d'un droit réel, ou d'un droit de créance, sans que soit jamais possible toutefois une assimilation complète à l'un ou à l'autre. Parce qu'il est un droit dans le groupement (2), il participe tout à la fois du droit des biens et du droit des obligations.

Si cette ambiguïté — qui illustre le particularisme du système qui est à l'origine du droit de l'associé — explique les caractères, les vertus et les contradictions intrinsèques de celui-ci (Section III). Elle le fait également échapper aux cadres traditionnels. Il n'est pas un droit de propriété exercé dans un ordre collectif (Section I) mais il n'est pas non plus un droit de créance (Section II) (3).

(1) SAVATIER, *Les métamorphoses*, 3^e série, 1959, Dalloz, n° 516, p. 192.

(2) RODIÈRE, *Droit commercial, Groupements commerciaux*, Dalloz, 7^e édition, p. 294, n° 294.

(3) SAVATIER, *ibidem*.

SECTION I

CE N'EST PAS UN DROIT REEL

35. — On sait que certains auteurs ont tenté de ramener le droit de l'associé à un droit de copropriété d'un genre particulier. Sans doute, l'ont-ils fait à partir d'analyses fort différentes selon les écoles auxquelles ils appartenaient. Le raisonnement adopté par eux s'appuie tantôt sur le respect d'un individualisme « ultra classique » ou, au contraire, le réfute.

Quel que soit cependant l'itinéraire suivi, la démonstration de la qualité de droits réels du droit de l'associé repose sur un axiome à deux termes, dont les propositions sont intimement liées puisque chacune d'elles ne constitue que la conséquence logique et directe de l'autre. Il suppose, en effet, d'une part la non-reconnaissance de la personnalité morale, d'autre part l'existence d'une espèce de propriété collective, certainement distincte dans ses contours de la pure propriété individuelle, mais également — et ce, à des degrés divers selon que les auteurs appartiennent à l'école libérale ou sociale — de l'indivision (4).

Il est vrai que pour une partie de cette doctrine, le fait de considérer qu'il y a appropriation collective de biens, n'emporte pas nécessairement l'abandon du principe de personne morale dans sa totalité, mais uniquement dans ses effets internes (5). Mais, bien que moins rigoureuse, cette opinion laisse subsister le problème de la nature du droit de l'associé dans son entier. Or, aucune des thèses proposées par les tenants de la « réalité » de ce droit, ne paraissent pleinement satisfaisantes pour en expliquer la spécificité.

36. — Si l'on recourt en effet à l'indivision — au moins prise dans sa définition classique, c'est-à-dire considérée comme une pluralité

(4) De nombreux ouvrages ont été consacrés à l'indivision, mais également à la propriété collective au sens étroit du terme, c'est-à-dire à une propriété qui bien que n'étant pas individuelle se détache de l'indivision. Leurs rapports ont été mis en évidence au bénéfice d'un débat doctrinal. — Voir sur ce point, répétant l'idée de propriété collective : VAREILLES-SOMMIÈRES, *De la copropriété*, Rev. Crit., 1907, p. 537. Sur la propriété au sens étroit du terme : JOSSERAND, Livre du centenaire du Code civil, *Essai sur la propriété collective*, I, p. 357 ; *Cours de Droit civil positif français*, tome I, n° 1781. — PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, n° 3017. — VINCENT, *La propriété collective, l'indivision et l'état déclaratif du partage*, Rev. Crit., 1932, p. 234. — IONASCO, *La copropriété d'un bien*, Thèse, Paris, 1930 ; plus récemment : DELHAY, *La nature juridique de l'indivision*, précité, plus spécialement, p. 422 et s. et 429 et s.

(5) DELHAYE, *op. cit.*, p. 722, n° 299, reprenant l'idée émise par Rousseau, note sous Trib. Correc. de Montbrison, 28 février 1934, S. 1934.152, précité.

de véritables propriétés concurrentes (6) — on doit se résigner, comme nous avons déjà été amenés à le faire, à constater que cette institution ne s'accommode ni de l'autonomie patrimoniale résultant de la personnalité morale, ni de la prohibition de principe de faire jouer, au sein des groupements personnifiés, les dispositions de l'article 815 du Code civil, et ce, quelle que soit la qualité des arguments destinés à réduire l'importance de ces règles.

La théorie dite de la propriété collective, quant à elle, pour être très audacieuse, n'en demeure pas moins également décevante. Il convient d'en exposer succinctement les lignes directrices. Elle se différencie de la thèse précédente par le fait que, si elle rejette comme celle-ci, l'idée de personnalité morale, elle condamne également celle d'indivision qui laisse « persister l'autonomie des parts individuelles, chacune des parts, bien que matériellement confondue avec les autres, a son propriétaire particulier, et ce propriétaire est indépendant des autres, lui seul peut agir sur sa part » (7).

La propriété collective inverse ces données : il n'y a plus des propriétaires en état d'indivision, il y a une masse commune qui appartient à tous, dotée d'une autonomie patrimoniale qui tient non pas à la reconnaissance de la personnalité morale, mais à l'affectation des biens communs à un but collectif (8).

« La totalité, énonce Jossérand, et le patrimoine commun faisant bloc se trouvent sauvés de l'indivision, sans cependant s'appuyer sur une personne morale qui masquerait la pluralité des ayants droit » (9). Cette conception, qui traduit bien la situation rencontrée à l'intérieur de certains groupements, ne saurait pourtant emporter totalement la conviction dans la mesure où elle conduit, comme on l'a très justement relevé, à créer une propriété sans sujet (10), ce qui n'est pas compatible avec les principes d'un système juridique tout entier construit autour du concept de sujet de droit.

C'est la raison pour laquelle on a proposé de pallier ce défaut capital en faisant appel à une notion nouvelle, la cotitularité du droit de propriété; notion qui présenterait le notable avantage de concilier la règle classique selon laquelle il n'existe pas de droit sans sujet, et la tendance à l'autonomie des masses patrimoniales constatée dans le droit positif contemporain; « si les indivisaires comme

(6) MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, tome II, vol. 2^e, p. 74, exposant la doctrine de Vareilles-Sommières.

(7) PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, n° 3017, cité par Delhay, Thèse précitée, p. 423.

(8) DELHAY, Thèse précitée, p. 423, adde R. PERCELOU, *La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation*, Paris, 1951.

(9) JOSSEMAND, *Essais sur la propriété collective*, p. 369.

(10) DELHAY, Thèse précitée, p. 430 : « L'erreur de la doctrine traditionnelle, écrit-il, a été de croire qu'un droit ne peut avoir qu'un seul sujet et de subordonner la reconnaissance de droits à une collectivité à sa personification. L'erreur des partisans du système de la propriété collective a été de considérer le droit collectif comme un droit sans sujet. »

les associés forment une collectivité, un groupement de personnes c'est parce qu'ils sont cotitulaires du même droit ou du même ensemble de droits; les titulaires d'un même droit ne peuvent rester étrangers les uns aux autres, même s'ils ne collaborent pas effectivement à l'exercice de ce droit, ils participent aux effets des actes qui ont été effectués, ils sont tenus de diverses obligations entre eux » (11).

L'élégance de ce raisonnement ne peut cependant en masquer les faiblesses :

- d'une part, pour l'adopter il faut admettre l'existence dans notre droit d'un concept qui lui est étranger : celui de la cotitularité de droits. Or parce qu'il reste largement dominé par une logique individualiste, le partage du droit de propriété, en droit positif, ne se conçoit qu'autant qu'il se fait à partir des éléments qui composent la propriété, et que, par voie de conséquence, il donne naissance à de nouveaux droits individuels (12). Mais l'attribution à plusieurs, du titre lui-même ne semble pas pouvoir être admise; car elle supposerait l'avènement d'une propriété véritablement collective dans un ordre qui en fait par nature, un droit individuel. C'est là, à notre sens, la critique déterminante qu'encourent les doctrines de la propriété collective. Car d'une certaine manière, démontrer l'existence d'une propriété collective aboutit à condamner la propriété elle-même. C'est dire que le vice, qui affecte à sa base l'analyse développée dans cette thèse, procède du fait que l'on y fait appel à des notions classiques tout en leur donnant une signification radicalement nouvelle. Il y a donc hiatus entre l'utilisation et l'essence de ces notions;
- d'autre part, elle fait de la propriété collective le support unique et commun à l'indivision et à la personnalité morale, ce qui conduit à conférer une nature identique au droit des membres de chacun de ces groupements.

Certes, les données classiques ont subi les effets de l'évolution générale suivie par le droit civil et dictée par des nécessités nouvelles; il n'est pas douteux, notamment, que la jurisprudence, mue par un souci de réalisme, ait permis, que l'ensemble des biens objet d'une indivision ou d'une copropriété (13), acquiert dans certaines hypothèses, et compte tenu de leur destination, une sorte d'autonomie sans

(11) DELHAY, *op. cit.*, p. 430.

(12) Encore que comme nous l'avons déjà signalé, le nouvel article 595 du Code civil exige une plus grande collaboration entre les titulaires de droits démembrés de la propriété. Loi du 13 juillet 1965, n° 65-570.

(13) Nous retiendrons ici comme critère de distinction entre les deux situations, celui proposé par MARTY et RAYNAUD, suivant lequel « la collectivité d'indivision pourrait être plutôt réservée au type classique de l'indivision organique soumise au partage. Le terme de copropriété étant réservé aux autres cas ». *Droit civil*, tome II, 2^e volume, *Les biens*, p. 73, n° 57.

que la personnalité morale soit attribuée à ce groupement (14); il n'est pas moins exact, de relever, à l'inverse, que l'autonomie patrimoniale du groupement personnifié n'a plus sa force initiale; nombreuses sont aujourd'hui les décisions des tribunaux, comme les dispositions législatives qui consacrent la transparence de la personnalité morale (15); mais pour avoir perdu leur caractère pathologique, ces phénomènes qui participent désormais de la définition contemporaine de ces institutions, n'en demeurent pas moins suffisamment exceptionnels pour que l'on puisse encore affirmer, que, si les principes directeurs ont été altérés, ils n'ont pas été renversés.

Le rapprochement de l'indivision avec la personnalité morale par le biais de la propriété collective, paraît exact lorsqu'il met en lumière une tendance, il ne saurait faire de la propriété collective un instrument de droit positif susceptible de supplanter la personnalité morale et l'indivision. Le droit de l'indivisaire — ou du copropriétaire — est un droit « sui generis » (16), qui ne peut certainement plus être assimilé à la pleine propriété (17), mais il est également impossible de voir en lui un droit de même nature que celui de l'associé (18), qui prendrait comme celui-ci racine dans la propriété collective.

37. — Cette dernière observation mérite d'être vérifiée. Il convient, tout d'abord, de remarquer ici que les analyses ayant pour objet d'établir que droit d'associé et droit indivisaire sont deux espèces d'un même genre, la propriété collective, ne trouvent d'arguments au soutien de leur démonstration qu'au bénéfice d'une comparaison nécessairement limitée à l'examen des règles applicables aux sociétés de personnes, et plus précisément aux sociétés civiles soumises aux dispositions de l'article 1832 et suivants du Code civil; il est vrai que le champ d'action de certaines d'entre elles, a été étendu à l'indi-

(14) Ainsi le libre usage de la chose par un des co-indivisaires sera conditionné par la destination de cette chose. Civile, 28 février 1894, D. 1894.I.235; Sirey, 1896.I.209, Note LYON-CAEN, Req. 22 janvier 1934, Gaz. Pal., 1934.I.464; Req. 21 octobre 1946, Gaz. Pal., 1936.II.923; Rev. Trim. Droit civil, 1937, p. 173, avec les observations SOLUS. — Il a été jugé également en matière d'indivision héréditaire « que les fruits se fondaient dans la masse héréditaire en y perdant leur identité propre, et s'y retrouvaient en valeur au moment du partage », Toulouse, 2 mai 1925, Dalloz, 1925.II.196, cité par DELHAY, *op. cit.*, p. 380.

(15) *Infra*, p. 167, adde notamment HAMEL, *La personne morale et ses limites*, D. 1949, ch. 41. — HOUIN, *Le problème des fictions en droit civil*. Rapport des travaux association Henri Capitant, tome III, 1948, p. 242 et sp., p. 244; *La personne morale et ses limites*, Travaux de l'institut de droit comparé de Paris, sp. rapport David, p. 3 et s., et FOYER, p. 13 et s. — PAILLUSSEAU, *La société anonyme Technique d'organisation de l'entreprise*, p. 52 et s.

(16) CAPITANT, *L'indivision héréditaire*, Rev. Crit., 1924, p. 19 et s. — IANESCO, *La copropriété d'un bien*, Thèse, Paris, 1930. — SIESSE, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, Thèse, Paris, 1922. — MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, tome II, 2^e volume, p. 74, n° 59.

(17) Voir cependant : DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *De la copropriété*, Rev. Crit., 1907, p. 537.

(18) IANESCO, *op. cit.*, p. 222 et s.

vision au prix d'un raisonnement analogique (19). Mais ces applications, qui n'affectent que des points secondaires, ne sauraient être excessivement sollicitées ni en tout cas être érigées en règle générale.

Que l'on ne confronte pas les prérogatives reconnues à l'indivisaire avec celles d'un associé d'une société de capitaux, nous paraît autrement significatif. C'est que les points de similitude deviennent fort rares dans cette hypothèse. Cette limite que s'assignent ainsi les partisans de la propriété collective est révélatrice des insuffisances de leur doctrine. Car, qu'il appartienne à une société civile particulière, à une société civile d'attribution ou à une société anonyme faisant publiquement appel à l'épargne, l'associé sera titulaire d'un droit ayant les mêmes caractères fondamentaux, à partir desquels apparaîtra sa véritable spécificité.

Tandis que le droit de l'indivisaire reste un droit réel mobilier ou immobilier, selon la chose sur laquelle il porte (20), susceptible d'être l'objet d'une hypothèque (21), le droit de l'associé sera, quant à lui, toujours mobilier et pour partie soumis au régime des créances et autres droits incorporels, quelle que soit la consistance du patrimoine social d'une part, quelle que soit l'étroitesse du lien qui unit, dans certains cas, ce droit aux biens de ce patrimoine d'autre part.

Le droit de jouissance, reconnu parfois à l'associé sur les biens sociaux, présente sans doute des traits identiques à celui de l'indivisaire, mais leur fondement demeure totalement étranger. L'un né de l'ordre collectif consacré par la personnalité morale, il arrive qu'il en constitue la finalité même, l'autre est la manifestation de la survie quasiment parfaite d'un droit essentiellement individuel. L'ordre collectif s'impose au droit de l'indivisaire, tandis que l'associé n'a de droit qu'autant qu'existe cet ordre collectif. *Ce qui distingue le droit de l'indivisaire et le droit de l'associé, ne réside donc pas tellement dans les prérogatives qu'ils contiennent que dans la source de ces prérogatives.*

À l'origine, il est vrai, l'article 529 fut inspiré par l'idée de fiction afin de soumettre les parts sociales et actions au régime mobilier dont la souplesse répondait mieux à leur vocation économique (22). Mais il paraît vain, à partir de ce fait historiquement exact, de faire

(19) Article 1852, alinéa 2. Article 1859, alinéa 4, du Code civil ; *adde* PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, tome III. *Les biens*, par PICARD, p. 283, n° 288.

(20) Orléans, 21 mai 1859, Sirey, 1859.II.591 ; Agen, 6 août 1852, Sirey, 1852.II.428 ; Cass. Civ., 21 juin 1839, Sirey, 1839.I.89.

(21) PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, tome III. — *Les biens*, par PICARD, pp. 282 et 283, n° 288. — Comparer également avec le droit du quirataire : CHAUVEAU, *Le nouveau statut de la copropriété du navire*, Mélanges Cabrillac, p. 107 et s., spécialement n° II, p. 120.

(22) THALLER et PIC, *Traité général théorique et pratique de droit commercial. Des sociétés commerciales*, 2^e édition, 1919, n° 283. — FOYER, *op. cit.*, p. 120. — DELHAY, *op. cit.*, p. 443.

aujourd'hui de cet article un simple instrument technique. Bien que constant dans sa formulation, ce texte est devenu plus riche dans ses implications, son sens n'est plus celui qui lui fut attribué primitivement. Il s'est modifié en même temps que se transformait et s'épanouissait la notion de personnalité morale.

De nos jours, le caractère mobilier des parts sociales est le résultat d'un raisonnement qui trouve sa prémisse dans l'affirmation de la personnalité morale interne en tant qu'elle crée un système. Il est un signe, parmi d'autres, d'un phénomène juridique complexe formant un tout. Sa portée ne doit donc plus être limitée au rôle qu'il joue dans la classification des biens.

Le refus de la propriété collective n'est pas, il est vrai, à l'abri de critiques. On pourra objecter à notre analyse qu'il y a contradiction à affirmer, d'une part, la relativité de l'autonomie du patrimoine social à l'égard de celui des membres du groupement, et à nier d'autre part l'existence d'une propriété collective.

A vrai dire, la contradiction n'est qu'apparente. Il nous paraît que la personnalité morale crée un système juridique particulier. Mais celui-ci peut rester dominé, à des degrés variables, par l'idée de possession commune. Aussi bien, dans quelques hypothèses, les règles applicables à l'indivision le seront à certains groupements personnifiés et inversement, sans, toutefois, que cette transposition exprime une identité de nature entre les deux institutions et que l'on puisse en déduire la « réalité » du droit de l'associé.

Pour être plus ou moins proche dans ces principes directeurs de l'ordre juridique commun, l'ordre spécifique, né de la personnalité morale, s'en détache toujours suffisamment pour que les droits auxquels il a donné naissance ne puissent être assimilés à ceux qui n'ont de raison d'être que par référence à l'ordre général. C'est la raison pour laquelle l'assimilation du droit de l'associé à un droit de créance se révèle également décevante.

SECTION II

LE DROIT DE L'ASSOCIE N'EST PAS UN DROIT DE CREANCE

38. — Le droit de créance, pris dans son acception traditionnelle, se définit tout autant par son objet que par ses qualités. On ne peut sans risquer d'en remettre en question l'unité, dissocier celui-ci de celle-là. Or, l'entreprise qui consiste à faire du droit de l'associé un droit de créance, laisse nécessairement de côté les caractères propres de chacun de ces deux droits — caractères qui ont pourtant une fonction juridique déterminante dans leur qualification — pour ne s'arrêter qu'à leur objet.

Sans doute l'objet d'un droit en constitue-t-il l'élément principal, puisqu'en lui réside son utilité économique. Or, il est vrai qu'à cet égard il existe des similitudes certaines entre le droit de créance et quelques-unes des prérogatives que renferme le droit de l'associé (droit aux bénéfices en cours d'exercice, droit au boni de liquidation, etc.) et, ces similitudes qui conduisent à appliquer partiellement à ce dernier le régime du droit de créance, notamment pour ce qui concerne la forme de sa cession et les garanties qui lui sont attachées, expliquent, sans toutefois la justifier, la position de la jurisprudence, selon laquelle, « l'associé ne détient qu'un droit de créance limité pendant la durée de la société, à sa part de bénéfices » (23) ; attitude qui se comprend d'autant plus que, comme on l'a justement remarqué : « on peut être inconsciemment porté à attribuer à la distinction des droits réels et des droits de créance un caractère exhaustif qu'elle n'a pas » (24).

Mais parce que l'objet d'un droit n'est, précisément, que son élément principal, l'on ne saurait lui identifier le droit tout entier. Aussi bien, lorsque, s'appuyant sur le fait que l'objet du droit d'associé « est toujours un facere ou un dare tantôt au profit du corps tantôt au profit du membre », Dabin en conclut qu'il est un droit de créance (25), il donne de celui-ci une définition trop large, en même temps qu'incomplète du droit d'associé.

Les conditions dans lesquelles s'exerceront ce dare et ce facere, les qualités propres au droit de l'associé, comme les règles qui gouverneront son *ensemble*, sont autant de signes qui interdisent de confondre ces deux droits. Certains traits communs ne doivent pas tromper. Ils sont formels et l'on ne peut inférer de quelque analogie une quelconque identité de nature.

39. — Le droit individuel est un tout complexe dont les caractères ont une vertu juridique qui participe de sa définition autant que de son utilité. Le droit de créance et le droit de l'associé au-delà de quelques traits communs, obéissent à une logique foncièrement différente parce qu'ils ne procèdent pas d'un ensemble juridique soumis aux mêmes impératifs.

Suivant une approche classique et naturelle, le pouvoir de contrainte que contient le droit de créance, s'inscrit dans une vision individualiste des rapports juridiques. Elle constitue le fondement même du régime de ce droit qui postule, tout d'abord, *l'extranéité* parfaite du patrimoine du débiteur et du créancier. C'est ainsi que dès lors

(23) Cass. Com., 4 déc. 1963, Bull. Civ., 1963.3.346 ; Trib. Civ. de la Seine, 7 janvier 1963, J.C.P., 1963.II.13082, Note SEIGNOLLE.

(24) SORTAIS, note sous Civ. 3^e, 9 avril 1970, Civ. 2, 27 octobre 1971 ; Rev. Soc., 1972, p. 271 et sp. 272.

(25) *Le droit subjectif*, p. 209.

que disparaîtra totalement ou partiellement cet élément d'extranéité, corrélativement, s'éteindra l'obligation par le jeu de la confusion (26). Mais il suppose encore une sorte de fixité dans la relation d'obligation, d'où il tire sa rigueur. On sait que le droit positif est hostile aux révisions contractuelles et que bien que le débiteur puisse solliciter des délais pour remplir ses engagements, cette faculté dont l'exercice est exceptionnel, doit être interprétée comme étant en contradiction, en rupture, avec les lignes directrices gouvernant le droit de créance.

Certes, ces règles sont ici exposées dans leur pureté primitive, que la jurisprudence s'est efforcée de tempérer, et de modeler aux exigences du réel, sans cependant affecter leur fondement même. Il n'est pas illogique dès lors que l'on ne retrouve aucun de ses traits lorsque l'on examine le droit de l'associé, qui par essence, s'intègre, quant à lui, à un ensemble collectif et mouvant.

C'est un acquis de nos jours, que l'indépendance du patrimoine de l'associé à l'égard de celui de la personnalité morale est relative (27). C'est d'ailleurs de ce lien spécifique qui unit le patrimoine individuel et le patrimoine collectif, que le droit d'associé tire son particularisme.

Car si l'imperfection de l'autonomie patrimoniale du groupement ne permet pas d'affirmer la réalité du droit d'associé, elle suffit, en revanche, à démontrer qu'il n'est pas non plus un véritable droit de créance. « La participation aux bénéfices, a-t-on pu souligner, est autre chose que le service d'intérêts assuré à un prêteur de sommes d'argent, l'associé n'est pas un obligataire, s'il a droit aux bénéfices, c'est parce qu'il représente le fruit des biens sociaux, la répartition de ces fruits pendant la vie sociale, marque que le patrimoine de la société n'est pas complètement isolé du patrimoine des associés » (28).

Il en résulte encore que le droit de l'associé dans son contenu subi, par nature, les fluctuations du patrimoine collectif auquel il est très étroitement rattaché. L'associé n'est pas créancier de la société « parce qu'il n'a pas les droits d'une personne vis-à-vis d'une personne entièrement distincte d'elle-même, mais les droits d'une personne vis-à-vis d'une personne collective dont elle est membre (29) ». L'associé ne peut exiger de prestations de la société que dans la mesure où l'intérêt social l'autorise et il concourt lui-même individuellement à la détermination de cet intérêt, que ce soit en participant aux assem-

(26) Art. 1300, C. Civ. Il est assez curieux de constater qu'en dépit des termes de ce texte, et de la logique même du droit de créance, la jurisprudence n'analyse la réunion sur un même texte de la qualité de créancier et de débiteur, que comme un obstacle matériel à l'exercice de l'action (Civ., 12 juillet 1933, DH. 1933.441). Ce faisant, elle situe la confusion au niveau des effets du droit de créance, alors que la confusion met en cause l'existence même de la créance.

(27) *Infra*, p. 167 et s.

(28) DELHAY, *op. cit.*, p. 437.

(29) MICHOD et TROTTABAS, *op. cit.*, tome II, p. 33, n° 181, 2°, *adde* RODIERE, *Dr. Commercial, Group. commerc.* p. 294.

blées générales, et en y votant, ou en exerçant le droit de contrôle, et les actions individuelles que lui confère la loi pour ce faire (30).

En d'autres termes, son pouvoir de contrainte est subordonné aux impératifs collectifs auxquels non seulement il a accepté de se soumettre, mais encore, qu'il doit normalement contribuer à fixer, et en tout cas, être en mesure de le faire.

Sans doute plusieurs considérations font que le « transfert » au droit de l'associé du régime des créances apparaît, à bien des égards, pleinement satisfaisant; indépendamment du fait que les parts sociales, comme la plupart des créances, sont meubles, ce qui amène à les soumettre à ce titre à des mesures communes, notamment en ce qui concerne leur sort dans la communauté conjugale où les modalités de leur saisie (31).

Le plus souvent — sans que cette observation puisse toutefois être généralisée — la structure des prérogatives que renferme le droit des associés, s'apparente à celle d'un droit de créance qu'il détiendrait à l'encontre de la société ou des associés.

Aussi est-il naturel de recourir, pour ce qui le concerne, au droit des obligations. Mais que l'on applique au droit d'associé certaines règles auxquelles est soumis le droit de créance, n'affecte pas leurs différences essentielles; car par cette transposition, il s'agit moins de faire participer les deux droits d'une même logique juridique que d'utiliser des instruments techniques élaborés qui apparaissent plus appropriés aux situations rencontrées à l'intérieur des groupements personnifiés, sans que l'originalité et l'authenticité de ces situations puissent, quant à elles, être mises en question.

40. — Ainsi, toutes les tentatives de qualification du droit de l'associé, menées par référence aux catégories traditionnelles, apparaissent vouées à l'échec conduisant nécessairement à une sorte de « réduction » du droit d'associé à une seule de ses composantes — fut-elle principale — elles n'en rendent pas compte dans la totalité de sa teneur et de ses qualités qui sont, cependant, sa spécificité (32).

(30) Nous avons exposé dans l'introduction les raisons pour lesquelles les prérogatives rattachées à l'état de groupement ne nous retiennent pas à titre principal, mais il importe de signaler ici quelques uns des très remarquables ouvrages qui leur ont été consacrés en matière de société : notamment SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Sirey, 1970. — CHOUKROUM, *Les droits des associés non gérants dans la S.A.R.L.*, Paris, 1937. — DJIAN, *Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du marché commun*, Paris, 1965. — MEYSSAN, *Les droits des actionnaires et autres porteurs de titres dans la société anonyme*, 1961. — DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, *op. cit.* — NOIREL, *op. cit.*

(31) Paris, 25 mai 1966, D. 1966, p. 685, 3^e civ., 27 octobre 1971, Rev. Soc., 1972, p. 260, Note SORTAIS, D. 1972.I.473, Note DONNIER. — RIPERT et ROBLOT, tome I, n° 768, p. 415. — BASTIAN, *La saisie et vente forcée de parts d'intérêts dans les sociétés de personnes*, J. Soc., 1934, p. 545.

(32) MERCADAL et JANIN, *Sociétés commerciales*, p. 143, n° 411.

Par delà cette considération purement positive, il faut mettre en lumière ce qui, fondamentalement, interdit d'intégrer le droit d'associé aux cadres habituels. En réalité, il ne répond pas dans ses données élémentaires à la définition classique du droit subjectif. L'opposition droit réel/droit personnel n'affecte que le régime juridique des droits parce qu'elle renferme deux ordres de relations, mais elle ne porte pas atteinte à la conception du droit subjectif lui-même, qui, dans les deux cas, reste constante, à preuve les tentatives menées par les tenants d'un courant doctrinal tendant à démontrer le caractère relatif de la distinction droit personnel/droit réel (33). Il existe une correspondance étroite entre l'unité du droit lui-même et celle de son contenu. Or c'est précisément de ce point de vue que le droit d'associé se distingue des précédents.

Ici, il existe une espèce de distorsion entre le droit lui-même et sa teneur, qui n'a de signification que relativement à un système collectif (34) dont il subit la diversité et les variations.

Sous cet angle, il présente plusieurs aspects, d'ailleurs variables, qui, pour être liés entre eux, n'en demeurent pas moins distincts; sans que l'on puisse le ramener à une relation univoque comme c'est le cas pour les droits individuels généraux, « le droit de l'actionnaire, notent avec une singulière clairvoyance Michoud et Troabas, n'est ni un droit de copropriété ni un droit de créance. A la vérité, cette formule paraît choquante à qui se contente des formules traditionnelles du droit individuel. On a trop souvent l'habitude de poser le dilemme ou absence de personnalité et droit de copropriété de l'actionnaire, ou personnalité et droit de créance. C'est là une vue trop simple des choses. Le droit de l'actionnaire se transforme évidemment en un droit de créance contre la société, tout à fait semblable au droit de créance d'un tiers lorsqu'il s'agit simplement des dividendes une fois définitivement fixés, mais le droit de l'actionnaire est bien plus complexe que cela, il comprend un droit à une part dans l'administration du patrimoine et un droit au partage à la dissolution » (35).

C'est pourquoi on est amené à ranger le droit d'associé dans la catégorie « résiduelle et disparate » (36) des propriétés incorporelles dont « l'évolution de la vie » (37) a suscité l'apparition et qui tend aujourd'hui à s'accroître (38); elle comprend des droits à fonction multiple dont il est malaisé de dire s'ils sont des droits réels ou des droits personnels car par nature « ils participent de cette dualité de

(33) PLANIOL, *Traité élémentaire*, 1^{re} édition, 1889, tome I, n° 2158 et s. — MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, Paris. 1900.

(34) RODIÈRE, *Droit commercial, Groupements commerciaux*, p. 294, n° 294.

(35) MICHOD et TROTABAS, tome II, p. 37, note I, *addé* dans le même sens : MARTY et REYNAUD, tome II, volume 2, pp. 420, 421, 427 et 428.

(36) SORTAIS, note précitée, *Rev. Soc.*, 1972, p. 262.

(37) DABIN, *Le droit subjectif*, p. 89.

(38) JOSSEERAND, *Cours de droit civil*, tome I, n° 13 et s.

principe » (39). C'est une catégorie qui semble faite pour accueillir des droits nouveaux dont l'utilité repose sur l'idée de valeur.

Mais une réserve importante doit être émise en cet endroit. En tant qu'il est un droit de propriété incorporelle, le droit d'associé est reconnu et protégé par l'ordre général, mais à la différence des autres droits de propriété incorporelle, il ne tire pas ses vertus ou ses utilités directement de la norme objective mais indirectement dans la mesure où ses vertus et ses utilités trouveront leur origine immédiate dans l'ordre collectif né de la personnalité morale complète. Autrement dit, le droit de l'associé est curieusement un droit à deux faces, puisque consacré par l'ordre général et individuel, son existence n'a de sens que relativement à un ordre spécial et collectif. Aussi ses caractères propres seront-ils marqués par cette double appartenance qui éclaire ses vertus et ses contradictions internes.

SECTION III

LES CONTRADICTIONS ET CARACTERES PROPRES DU DROIT D'ASSOCIE

41. — Du fait de son rattachement à deux ordres juridiques fondamentalement différents, le droit d'associé recèle en lui-même une contradiction dont on trouve en permanence la manifestation dans la dualité de ses caractères.

En effet, si dans son principe il obéit aux données classiques du système individualiste commun, dans sa substance, en revanche, il est soumis aux impératifs propres découlant de la personnalité morale. Dès lors que l'on admet cette double appartenance, ses qualités apparemment antagonistes se concilient suivant une logique cohérente.

On comprend ainsi que, d'une part, bien qu'unique, ce droit soit complexe, d'autre part, que pour être individuelle sa réalisation ne puisse se concevoir que dans le respect d'exigences collectives, et qu'enfin, il soit un droit en devenir.

§ 1. — C'est un droit unique mais complexe.

42. — Le droit d'associé est un droit « contenant », qui, indépendamment des qualités particulières de ses éléments constitutifs, puise les principes directeurs de son régime à une source unique : il est, en droit positif, un bien meuble incorporel. C'est pourquoi, qu'il

(39) BERTRAND, *De la dialectique en droit privé positif*, D. ch. 1951, p. 151 et s., spécialement, p. 152.

revête la forme de part sociale ou d'action, il sera gouverné par des dispositions fondamentalement identiques, encore que diversifiées dans leurs modalités et conditions d'application. Cette observation se vérifie à l'étude des opérations juridiques dont ce droit peut être l'objet.

Que l'on envisage, par exemple, son mode de cession et l'on constate qu'en substance, il est celui des créances dont on aura, suivant les cas, allégé ou alourdi le mécanisme; qu'il s'agisse, encore, du nantissement ou, de saisie exécution, dont il pourra être frappé, et l'on retrouve cette unité de l'axe porteur de l'opération (40).

Cet ensemble de règles qui constitue une sorte de « fonds commun » du régime du droit des membres d'un groupement doté d'une personnalité à effet novatoire, en fait son originalité de principe, mais ne doit pas laisser croire à son unicité interne, car sa teneur n'est pas constante.

L'examen du contenu de ce droit révèle son « éclatement » en plusieurs prérogatives nettement distinctes. Ces prérogatives sont dotées d'une sorte d'indépendance et requièrent de ce fait des règles propres. Mais leurs modalités d'exercice font apparaître qu'il existe entre elles, un lien d'interdépendance répondant à des exigences complémentaires. Ce lien a son origine dans la finalité particulière de la personne morale dont procède le droit d'associé lui-même. C'est à cette même source qu'il faut remonter pour retrouver la cause de leur variabilité.

La structure du droit d'associé se caractérise par la coexistence active de plusieurs droits individuels. Les uns dont l'existence est liée à l'état de groupement ne nous retiendront pas (41). Ce sont des droits « dérivés » en ce sens que leur régime, leur exercice et au-delà, leur nature, varieront en fonction du droit principal qu'ils viennent conforter, et qui, quant à lui, procède directement de la finalité de chacune des personnes morales envisagées. Nous voulons parler du droit de vote, du droit d'information, des différentes actions individuelles à portée collective. Les autres sont, quant à eux, la conséquence directe de l'objet général de cette dernière. Il s'agit de prérogatives dont chacun des associés pourra jouir d'une part sur les biens composant l'actif social, d'autre part sur les fruits nés de l'activité du patrimoine collectif.

On est ainsi amené classiquement à décomposer le droit social en un droit au partage des bénéfices, — que l'associé exercera non seulement en cours de vie sociale, à l'occasion de distribution de dividendes, mais également au moment de la liquidation — en un droit à la

(40) ESCARRA et RAULT, tome I, n° 207. — HAMEL et LACARDE, tome I, n° 436 et 439. — HOUPIN et BOSVIEUX, n° 178 et 180, 266 et 355. — MERCADAL et JANIN, *Sociétés commerciales*, p. 203 et s., n° 630, p. 287, n° 1055 et s., p. 688, n° 2630 et s.

(41) *Supra*.

reprise des apports, et enfin, parfois, en un droit de jouissance individuelle sur les biens sociaux (42).

43. — Ce descriptif est conforme à l'architecture type du droit d'associé, telle qu'elle résulte des dispositions du Code civil. Mais il convient de préciser que l'importance accordée à chacun de ces droits n'est pas constante. Elle dépend de la forme et de l'objet du groupement.

Dès lors, selon que l'accent sera mis ou non sur telle ou telle autre composante du droit, la situation de l'associé sera modifiée en profondeur, sans pour autant que la nature du droit lui-même en soit affectée. Si bien qu'étant titulaire d'un droit de nature identique au regard de l'ordre général, les associés auront face à l'ordre spécial un droit dont les utilités seront fort différentes mais en harmonie avec la finalité légalement attribuée à la personnalité morale à laquelle ils appartiennent.

Le complexe de prérogatives que renferme le droit d'associé, s'ordonne de façon cohérente autour d'une ligne directrice tracée à partir de cette finalité.

Cet ordonnancement conduit à répartir diversement l'importance attribuée à chacune des composantes, ce qui peut aller parfois jusqu'à effacer certaines d'entre elles, ou à tout le moins leur donner une signification particulière. Le projet individuel de certaines personnes morales, est de permettre à leurs membres d'accéder à la jouissance privative de biens ou de services (43), et, quelquefois même, d'acquérir la propriété de certains biens sociaux (44). En sorte que l'accession à ce droit privatif, prime toutes les autres prérogatives du droit d'associé; parfois à tel point qu'elle pourra être exclusive de toute recherche de bénéfices distribuables.

A l'inverse, le droit sur le fonds social est parfois si dilué, qu'il est, à vrai dire, plus virtuel que réel (45). Son existence est théorique. Ce qui signifie que s'il concourt à l'évaluation du droit, en revanche, il n'a pas d'utilité concrète immédiate. Le régime du droit tout entier subit les effets de ces données.

Deux séries de conclusions semblent, dès lors, devoir être tirées de ces illustrations :

44. — 1^o En premier lieu, il apparaît à l'évidence que la notion de personne morale, dotée d'un effet « novatoire », ne saurait se con-

(42) Voir notamment, Code jouissance décret, article 1859 et s. du Code civil, et le droit de jouissance reconnu aux membres des Sociétés immobilières d'habitation, Loi 16 juillet 1976, ainsi que des Sociétés civiles professionnelles, de G.I.E. etc.

(43) Sociétés professionnelles de moyens, loi du 29 novembre 1966, Groupements d'intérêt économique, ordonnance du 22 septembre 1967, Groupements agricoles, sociétés coopératives.

(44) Sociétés immobilières d'attribution.

(45) C'est le cas dans la société anonyme, cf. sur cette remarque, CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration des sociétés par actions*, Ed. Sirey, 1962, pp. 20 et 56.

fondre avec celle plus étroite de société. Là, comme ailleurs, le langage ne doit pas tromper, ni le verbe se confondre avec le concept. Que certains groupements soient, sans bonheur il est vrai, qualifiés de sociétés, n'implique pas nécessairement, comme une logique formelle commanderait de le penser, qu'ils aient pour objet la recherche de bénéfices mais indique uniquement l'avènement d'un droit individuel radicalement nouveau, c'est-à-dire dont l'origine des utilités ne se trouve pas dans un quelconque modèle de référence, mais dans la reconnaissance d'un ordre collectif spécifique.

Ce droit nouveau, dont l'existence suppose donc celle préalable d'une personne morale complète, est construit tout autour de l'utilité principale qu'il tire immédiatement de l'objet de cette personne morale. Toute atteinte portée à cette utilité, frapperait en réalité un élément essentiel de ce droit, et indirectement condamnerait le système créé par elle.

Cette idée justifie notamment la règle de l'égalité des associés, ainsi que les aménagements qui lui ont été apportés (46). Elle est foncièrement qualitative et trouve son « fondement dans le concept même de société » (47). Il faut que chacun de ceux qui appartiennent à l'ordre collectif puisse jouir de la prérogative individuelle qui habille l'utilité principale du droit d'associé, même si son étendue peut varier. Ici encore le rôle joué par la loi et la volonté individuelle s'harmonise différemment suivant les groupements, mais les textes déterminent les points irréductibles qui sont de l'essence du groupement.

Ainsi toute clause ou mesure décidée par l'Assemblée générale qui ferait au sein d'une société anonyme, échec au principe même du droit aux bénéfices (48) ou à celui de la négociabilité des actions, serait nulle.

Sans doute pourra-t-on en tempérer la rigueur, en considération de l'intérêt social, mais non pas l'anéantir.

En revanche, l'actionnaire pourra se voir démunir du droit de reprise de son apport, au moment de la dissolution, si la société recourt à l'amortissement d'actions, comme la possibilité lui en est donnée, sous réserve qu'elle le fasse par prélèvement sur les bénéfices et réserves (49). Une telle opération est en harmonie avec la philosophie générale de la société anonyme qui est paradoxalement d'intensifier la « virtualisation » du droit d'associé pour en permettre la réalisation spéculative par la négociation (50). En revanche, elle ne pourrait guère se concevoir dans une société immobilière d'attribution dont

(46) Principe de l'égalité posé par la jurisprudence : Civile, 30 mai 1892, D.P., 1892.I.105, Note THALLER ; Civ., 29 janvier 1894, D.P., 1894.I.313, Note LA-COURT ; Rennes, 3 juillet 1912, J.S., 1913, p. 18.

(47) MARJN, *Répertoire des sociétés*, Dalloz-V°, *Action*, n° 32.

(48) Art. 1855 du C. civ., Cass. Req., 21-12-1937, D. 1938, p. 68.

(49) Article 209, alinéa 4 de la Loi du 24 juillet 1966.

(50) CHAMPAUD, *op. cit.*, p. 20, n° 20.

l'objet est l'accès à la jouissance privative d'un bien immeuble, voire à sa propriété.

45. — 2° En second lieu, il est frappant de relever qu'il existe une sorte de dynamique interne du droit d'associé, par l'effet de laquelle lorsque le lien, qui unit le patrimoine individuel des associés à celui de la société, est distendu, ce droit tend davantage à être protégé dans sa valeur que dans la réalité des pouvoirs qu'il renferme. Mouvement qui s'accompagne d'un phénomène complémentaire : le relâchement de l'indépendance des prérogatives contenues dans le droit social, qui acquièrent de ce fait une plus grande indépendance, voire même une sorte d'autonomie (51).

Que l'on observe le droit du candidat propriétaire au sein d'une société immobilière d'attribution, et l'on constate que le droit de jouissance sur les biens sociaux qu'il recèle en constitue la prérogative la plus importante à laquelle toutes les autres sont très étroitement rattachées.

Dans ces conditions, le droit d'associé lui-même adopte le contour d'un droit réel, moyennant quoi on est tenté par une attitude psychologiquement naturelle, comme on a pu le remarquer, de solliciter l'application la plus large possible d'un régime immobilier, à un droit par nature pourtant, mobilier (52). A l'inverse, le relâchement de ce lien au sein des sociétés anonymes exerce à l'égard de l'associé non dirigeant (53), une force « centrifuge », à tel point que son droit se rapproche d'un droit de créance dont il emprunte à bien des égards les aspects. C'est pourquoi on a pu qualifier les titulaires de ce droit de « bailleurs de fonds » (54).

Ce sont là des cas limites qui ont, à ce titre, une valeur exemplaire, mais le processus se retrouve, certes, avec une moindre intensité à l'intérieur des groupements de même genre.

46. — Il est constant en jurisprudence que « les bénéfices des sociétés commerciales dans la mesure où, d'après les statuts, ils doivent être répartis périodiquement entre les ayants droit, participent de la nature des fruits et sont réputés souscrits jour par jour au cours de l'exercice social » (55). Par voie de conséquence, cette identité de

(51) Voir à cet égard : le régime juridique du droit préférentiel des souscriptions attaché à l'action, cf. p. 264.

(52) Note précitée, MALAURIE, *Les actions des sociétés immobilières dans la communauté de meubles et acquêts*, D. 1972, p. 269. — FABRE, rapport sous Cass., 3^e civ., 18 juillet 1972, D. 1972, p. 578. — SAINT-ALARY, R.T.D. Co., 1972.

(53) La différence entre les maîtres de l'affaire et ceux qui ne la contrôlent pas, tient précisément au fait que les premiers ont un droit quasi-direct sur le patrimoine social tandis que celui des seconds est indirect (v. *infra*).

(54) CHAMPAUD, Thèse précitée, p. 29 et s.

(55) Civ., 21 octobre 1931, D.P., 1932.I.100, Note CORDONNIER, J. Soc., 1932, p. 426 ; Douai, 11 janv. 1963, R.T.D. Co., 1964, p. 848, observations Rodière ;

nature explique que, quel que soit le type de société à l'intérieur de laquelle s'exerce le droit aux bénéfices, il sera dans son ensemble gouverné par des dispositions communes.

Toutefois, si cette assimilation permet d'appliquer aux bénéfices distribués par une société en nom collectif, un régime qui traduit bien leur réalité par le fait que les associés ont sur le patrimoine social un droit nettement caractérisé, *a contrario*, la même remarque ne saurait être formulée à l'égard des dividendes distribués par les sociétés anonymes. Ici, la virtualité et le caractère médiat du droit de l'actionnaire sur l'actif de la société ayant pour résultat d'éloigner les dividendes de la référence de fruits civils, pour les rapprocher de celle de produits.

Cette observation se vérifie à l'examen des conditions de mise en œuvre du droit, puisqu'à la différence des règles en vigueur au sein des sociétés anonymes, la distribution des bénéfices à l'associé en nom est subordonnée à une décision unanime. Mais, à l'inverse, elle ne subira pas les incidences d'une obligation légale de réserve (56).

On relève alors, qu'assez curieusement, mais de façon topique, le droit aux bénéfices reconnu à l'actionnaire se trouve doté d'une indépendance plus marquée à l'égard des autres prérogatives, tandis que le droit de l'associé en nom conserve malgré la diversité de sa teneur, une plus grande homogénéité et cohérence.

47. — Mais bien qu'une prérogative parmi les autres ait un rôle prépondérant dans la détermination de l'utilité du droit d'associé, celui-ci ne saurait cependant tout entier se confondre avec celle-là, il est toujours multiple dans sa substance. Que les vertus internes du droit d'associé ait une incidence sur son régime au regard de l'ordre commun, n'est pas douteux. Mais il serait inexact de penser qu'elle a pour effet de lui faire perdre sa nature spécifique.

Il existe un aspect interne et complexe du droit que l'on peut opposer à son aspect externe et unitaire. Cette dualité dont on concilie les termes en posant le principe de l'indivisibilité des parts sociales et actions (57), constitue la réalité même de ce droit, le ramener à l'un de ces éléments fut-il essentiel, et lui conférer le régime commun requis par cet élément, le viderait de cette féconde contradiction.

Sans doute peut-elle donner lieu en certaines hypothèses à des situations incertaines conflictuelles. Mais elles ne sont que la contrepartie de ses qualités économiques.

Ainsi, en tant qu'il est un droit de propriété incorporelle dans l'ordre général, le droit de l'associé peut, à ce titre, faire l'objet d'un

cf. également HEMARD, *TERRE et MABILAT : Sociétés commerciales*, tome I, Paris, 1972, Edition Dalloz, p. 250, n° 279. — PAILLUSSEAU, *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise*, p. 177.

(56) Obligation qui est imposée par la loi du 24 juillet 1966 dans son article 345, aux sociétés anonymes et aux sociétés à responsabilité limitée.

(57) RIPERT et ROBLOT, *Traité*, n° 1152, p. 502.

démembrement. Se pose alors la question de savoir comment s'opérera la distribution des droits qu'il renferme.

Elle met en lumière la dualité de la définition du droit d'associé, car, la traditionnelle division nue-propriété usufruit n'a de signification que dans une optique totalement unitaire du droit individuel, ce qui implique une concordance parfaite entre le droit et son émolument. Or, le caractère composite et diversifié du droit de l'associé — le fait que son émolument puisse se définir comme étant un faisceau de droits — suscite des difficultés lorsqu'il s'agit de la lui appliquer. Il sera délicat, non seulement de déterminer qui, du nu-propriétaire ou de l'usufruitier, sera en droit de prendre part aux assemblées générales ou d'exercer éventuellement les actions sociales, mais encore, et surtout, de tracer la ligne de départ par rapport à laquelle seront réparties les utilités économiques du droit, c'est-à-dire les droits pécuniaires, et indirectement de dire qui de l'un ou de l'autre aura la qualité d'associé (58).

A priori, le démembrement semble aisé à opérer. Il est clair que les droits afférents au capital social sont réservés au nu-propriétaire, véritable associé (59), puisque leur exercice conduit à des actes dépassant les mesures de simple administration, tandis que les dividendes reviendront à l'usufruitier (60). Mais qu'advient-il du droit de participer sous une forme ou une autre à la distribution des réserves, et de celui de souscrire des actions nouvelles en cas d'augmentation de capital ? Il n'entre pas dans l'objet du présent chapitre de répondre à ces questions, dont la solution d'ailleurs variable (61) sera examinée avec l'analyse de chacun de ces droits. Mais il paraît cependant opportun de formuler à ce sujet, d'ores et déjà, une remarque générale.

Bien que formellement distincts, le droit du nu-propriétaire et celui de l'usufruitier, ont entre eux en toute hypothèse une interdépendance fonctionnelle. L'objet de chacun de ces droits, étant dans une certaine mesure conditionné par celui de l'autre, n'est pas, de ce fait, constant.

(58) PLANIOL et RIPERT, *Les biens*, par PICARD, p. 783, n° 791. — MERCADAL et JANIN, *Sociétés commerciales*, p. 51, n° 117, p. 204, n° 628, p. 296, n° 1055. — DE JUGLART et IPPOLITO, *Sociétés commerciales*, 1334, n° 62. — THALLER et PIC, *Traité des sociétés*, n° 1194. — ADDE MICHEL, *Des droits respectifs de l'usufruitier et du nu-propriétaire d'actions*, Recueil Juridique des sociétés, 1924, p. 135 et s. — SEGUR, *Le sort des parts sociales en régime de communauté*, Rev. Soc., 1959, p. 140. — CORDONNIER, *De quelques problèmes concernant les actions grevées d'usufruit en cas d'augmentation du capital social par mise en souscription d'actions nouvelles*, J. Soc., 1961, p. 72. — ROUSSEAU, note sous Sirey, 1936, 233. — BERMOND DE VAULX, *Les droits latents des actionnaires*, p. 64 et s. ; *L'usufruit des créances*. — FRANÇON, R.T.D. civ., 1957.1. — ALAIN LE BAYON, *L'usufruit des parts sociales*, Rev. Soc., 1973.435.

(59) JANIN et MERCADAL, *op. cit.*, *ibidem*.

(60) RIPERT et ROBLOT, p. 502, n° 1152. — IPPOLITO et DE JUGLART, n° 623. — JANIN et MERCADAL, *ibidem*.

(61) RIPERT et ROBLOT, n° 1152, p. 502.

C'est ainsi que, puisque les réserves facultatives sont prélevées sur les bénéfices réalisés par la société, les droits y afférents se trouveront nécessairement en concours avec le droit aux dividendes. L'étendue de chacun des droits variera donc en fonction des exigences de l'intérêt social. On peut en conclure que *la spécificité interne du droit d'associé sollicitera en retour la spécificité du rapport nu-propriétaire-usufruitier*, dans certains cas même, elle suscitera une plus grande collaboration entre eux, provoquant une espèce d'intégration, certes limitée, de leurs droits respectifs (62). Quelle en est la cause ?

Si l'on peut, idéalement, isoler chacune des prérogatives du droit d'associé, on ne saurait réellement les détacher; le lien qui les unit, plus ou moins distendu il est vrai, participe toujours, tout autant que ses composantes à la définition de ce droit.

Ce lien, à l'instar du droit lui-même n'a de raison d'être que relativement au système créé par la personnalité morale, si bien que l'étendue du droit de chacun, comme leurs conditions d'exercice, devront s'accommoder des impératifs collectifs. Le premier faisceau de contradictions qui domine le droit social, interfère en ce point avec le second.

§ 2. — Le droit d'associé est un droit individuel qui se réalise dans un système collectif.

48. — Le principe de la double appartenance du droit d'associé à l'ordre général et à l'ordre spécial, trouve ici une nouvelle illustration complémentaire de la précédente. Si l'on se place en effet d'un point de vue externe, l'unicité de ce droit se prolonge, naturellement, dans une optique classique dans son caractère individuel. Au contraire, selon sa logique interne, la complexité de son contenu procède directement du système collectif auquel il est intégré. Ce système n'est pas rejeté par l'ordre commun qui le secrète. C'est pourquoi, si ce droit n'a de raison d'être que par rapport à la personnalité morale, puisqu'il ne tire son utilité d'aucun modèle préexistant, qu'il est donc d'essence collective, il est simultanément reconnu et protégé par le droit commun comme un droit individuel dans le commerce juridique.

Mais il est clair que le droit d'associé est un tout et que les conditions collectives de sa réalisation se projettent sur le caractère individuel de son attribution. L'influence de la réalité collective du droit social se manifeste dès lors, et sur son régime au sein de l'ordre individualiste, et bien évidemment sur ses libre exercice et jouissance au sein du groupement.

(62) Voir en ce qui concerne le droit préférentiel de souscription : art. 185 de la loi du 24 juillet 1966 et 157 de son décret d'application.

La coexistence de ces deux traits engendre des tensions; certaines d'entre elles sont constantes, car elles tiennent au principe même de cette coexistence (A). D'autres, bien que s'y rattachant directement seront variables, plus ou moins vives puisque dépendant du contenu de la personne morale (B).

49. — A. Du premier type de conflit, celui que révèle le problème posé lorsque le droit d'associé est objet d'une indivision successorale, donne un exemple édifiant; car l'indivision elle-même, par nature, est dominée par l'opposition individuel-collectif (63). La simplicité de son énoncé contraste avec les incertitudes de sa solution.

En tant qu'elle est un bien dans le commerce juridique, la part sociale, ou l'action, est susceptible d'être soumise à la théorie générale de l'indivision (64), avec les conséquences individualistes qu'elle renferme. Mais, parce que d'origine collective, elle suppose la qualité d'associé, c'est-à-dire la volonté délibérée de son propriétaire de participer à une action commune dans le dessein d'acquérir et de préserver son droit.

Cette qualité « résulte plus d'une intention que du simple fait d'être titulaire de droits sur des parts sociales » (65). Aussi ne peut-elle faire partie de l'indivision. Dès lors, *l'exercice du droit participe de l'ordre collectif, alors que sa titularité s'inscrit dans l'ordre individualiste.*

Aussi bien, est-on conduit à s'interroger sur le point de savoir qui des indivisaires ou de l'indivision sera revêtu de la qualité d'associé.

Question d'autant plus délicate que, souscrire à l'un ou à l'autre des termes de cette option ne donne pas *a priori* de solution pleinement satisfaisante; encore que chacune des deux opinions ne soit pas dépourvue d'arguments de valeur.

S'appuyant sur les dispositions de l'article 163, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1966, aux termes desquelles : « les copropriétaires d'actions indivises sont représentés aux assemblées par l'un d'eux ou par un mandataire unique », une partie de la doctrine s'est attachée à démontrer que chacun des indivisaires ne pouvait être isolément titulaire de la qualité d'associé.

Pour les tenants de cette thèse, ce texte dénoncerait la nécessaire application au problème particulier de la règle générale en vertu de laquelle les indivisaires n'ont un droit qu'à une quote-part indéterminée sur l'objet de l'indivision. « Cette qualité (la qualité d'associé) relève dans ce sens un auteur, suppose que l'intéressé soit devenu titulaire de droits sociaux et maître de les exercer personnellement. Ce n'est pas le cas d'un coindivisaire, même si aucun obstacle ne

(63) BURST, *Le co-héritier de parts sociales est-il un associé ? L'attribution de la qualité d'associé en cas de pluralité d'héritiers*, Note sous Com., 9 octobre 1972, D. 1973, p. 273. — MERCADAL et JANIN, p. 50, n° 115. — IPPOLITO, DE JUGLART, n° 622 et 544. — CHAMPAUD, R.T.D. Co., 1969, p. 505.

(64) IPPOLITO, DE JUGLART, *op. cit.*, *ibidem*.

(65) BURST, Note précitée, D. 1973, p. 73.

s'oppose à ce qu'il devienne un jour propriétaire des parts indivises. A notre avis, seule l'indivision successorale doit être prise en considération pour le décompte du nombre d'associés » (66).

La jurisprudence semble s'être ralliée à cette analyse, encore que son examen révèle un embarras certain. Comme en fournit l'exemple un arrêt de la Cour de cassation rendu à l'occasion d'une espèce qui, posant directement le problème, mérite d'être ici rapportée :

Un associé commandité d'une société en commandite simple, mais également membre d'une indivision successorale, avait relevé appel d'un jugement du Tribunal de Grande Instance de Béthunes, statuant en matière commerciale, et constatant la dissolution de ladite société, requise sur les bases des articles 1.869 et 1.871 du Code civil, par les autres coindivisaires, héritiers au même titre que l'appelant du principal commanditaire décédé, mais agissant pourtant *ès qualités d'associé*. Il fondait son recours notamment sur l'irrecevabilité de la demande, arguant de ce que « les intéressés n'étaient pas, avant le décès de leur père, associés de la société, que les 3.640 parts appartenant à celui-ci n'ayant pas été partagées, l'indivision successorale n'était pas et ne pouvait pas être représentée par un mandataire commun, faute d'accord entre les cohéritiers ». Faisant droit à sa demande, la cour d'appel de Douai (67) réforma la décision des premiers juges; reprenant en substance le moyen soumis à son appréciation et, allant jusqu'à l'ultime limite de son raisonnement, elle affirmait que « la situation actuelle où *l'indivision titulaire* de 3.640 parts ne peut exprimer aucune opinion, est provisoire... ».

La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi, le rejeta, estimant comme les juges du fond, que « les cohéritiers avant le partage ne peuvent revendiquer de droits sur leur quote-part qui n'est pas déterminée, et sous réserve de la détermination qui en sera faite, ils ne peuvent empiéter sur les droits correspondants des autres coindivisaires, et par conséquent disposer de la chose commune, la liquider ou en changer la destination, sans l'accord de tous les intéressés » (68). Approuvant la cour d'appel d'avoir « retenu qu'ils n'ont pas la qualité d'associé ».

Cependant, l'arrêt ne donne de solution que négative; la chambre commerciale s'abstient de conclure que l'indivision est bénéficiaire de la qualité d'associé. Ce silence n'est pas dépourvu d'enseignement. Il est le signe de la position délicate dans laquelle se trouve la haute juridiction face à la question posée. Une telle affirmation, qu'elle se refuse avec raison à formuler, se heurterait en effet à une difficulté capitale d'ordre théorique. Elle impliquerait en effet que l'indivision soit dotée de la personnalité juridique ce qui n'est pas. Le présent ouvrage était sous presse au moment de la promulgation de la loi du 31-12-1976 portant réforme de l'indivision.

(66) CHAMPAUD, R.T.D. Co., 1969, p. 505.

(67) Douai, 3 juillet 1970, Rev. Soc., 1970, p. 635.

(68) Cass. Com., 9 octobre 1972, D. 1973, p. 273, Note BURST.

Il est vrai qu'en présence d'intérêts particulièrement dignes de protection, la jurisprudence et la loi, dans une certaine mesure, ont assoupli cette règle dont une application trop systématique aurait pu conduire à des situations difficiles, voire dangereuses. Ainsi, lorsqu'un des indivisaires d'une part d'intérêt est un mineur non émancipé, la personnalité des membres de l'indivision s'efface devant l'indivision elle-même (69).

Mais il serait vain d'en inférer la personnification de l'indivision. Pas plus que les phénomènes de « transparence » de la personnalité morale n'indiquent la disparition de celle-ci mais uniquement son adaptation, les phénomènes « d'opacité », lorsqu'ils sont à ce point limités et exceptionnels, ne peuvent permettre de conduire à la reconnaissance de la qualité de sujet de droit à un groupement donné. Spécialement, ils doivent être interprétés comme une des manifestations de cette autonomie relative de la masse patrimoniale de l'indivision, déjà signalée (70), et requise par les besoins de la pratique. Il s'agit ici de faire échec à une dissolution non souhaitée, tout en préservant les droits du mineur (71).

Mais alors, la double impossibilité dans laquelle on se trouve d'attribuer dans cette circonstance la qualité d'associé, crée un vide juridique dont la pratique ressent les effets perturbateurs.

Il s'ensuit que le sort du groupement sera étroitement lié à celui de l'indivision. Qu'advient-il alors pendant la période précédant le partage, notamment d'une société par intérêts, initialement composée de deux membres, dont les statuts prévoient la continuation avec les héritiers de l'associé prédécédé ? Ou encore d'une société anonyme dont le nombre des associés sera devenu inférieur à sept du fait de la disparition de l'un d'entre eux ? Faut-il se résigner à la résolution de la société ? On mesure ici la gravité de ses conséquences.

Doit-on dès lors condamner dans son entier la solution proposée par la Cour suprême et considérer que l'analyse proposée par les demandeurs au pourvoi était seule satisfaisante ?

On pourrait le justifier en recourant à la distinction proposée par un auteur dans le domaine des régimes matrimoniaux qui oppose

(69) Faisant référence aux articles de MM. CATALA (*Le mineur héritier en droit commercial*, in *Mélanges Hamel*, p. 419 et s., sp. p. 163 et s.) et DU GARREAU DE LA MÉCHENIE (*Les clauses statutaires de continuation d'une société avec les héritiers de l'associé prédécédé*, *Journal des Sociétés*, 1938, p. 257) ; M. BURST relève à ce sujet : « la jurisprudence décidait qu'aussi longtemps que la succession n'était pas partagée, il n'y avait pas à se préoccuper de la personnalité des héritiers. Le mineur ne peut accepter la succession que sous bénéfice d'inventaire et était efficacement protégé ». Il signale dans le même sens l'art. 21, alinéa 2, de la loi du 24.7.1966 aux termes duquel : « si l'un ou plusieurs des héritiers sont mineurs non émancipés, ceux-ci ne répondent des dettes sociales qu'à concurrence des forces de la succession de leur auteur ».

(70) Cf. DELHAY, *op. cit.*, *passim*.

(71) BASTIAN, *Jurisclasser sociétés*, Fascicule VIII.2, n° 26 et n° 27.

la valeur du droit à son exercice (72). C'est que la valeur, parce qu'elle est une abstraction chiffrée, se divise plus aisément (73). Dans l'hypothèse qui nous retient, celle-là tomberait dans la masse indivise, tandis que les prérogatives attachées à celui-ci seraient attribuées à chacun des nouveaux coindivisaires.

Le principe directeur de ce raisonnement mérite d'être approuvé. Mais il convient de l'adapter aux impératifs propres de l'indivision que traduisent d'ailleurs les dispositions de portée générale de l'article 163, alinéa second, avec lequel il apparaît *a priori* difficilement conciliable.

A la vérité, une fois admis que la propriété des parts et actions constitue l'objet même de l'indivision, il importe, semble-t-il, de dissocier la *jouissance* des droits que renferme la *qualité* d'associé, de leur *exercice*, ce que suggèrent MM. Mercadal et Janin : « il n'est pas indispensable, écrivent-ils, d'exercer personnellement les prérogatives d'associé pour avoir la qualité d'associé... Aussi, pensons-nous, que les indivisaires ont la qualité d'associé, bien qu'ils ne puissent exercer les prérogatives attachées à cette qualité, que s'ils sont tous d'accord » (74). Doctrine à laquelle nous nous associons, d'autant plus qu'elle rend bien compte de la dualité de caractère du droit d'associé et de ses incidences sur son régime, lequel exprime en réalité leur influence réciproque et curieusement paradoxale.

Car d'une part, les conditions collectives dans lesquelles se réalise le droit d'associé en intensifient l'individualisme au sein de l'indivision, chaque indivisaire se verra reconnaître la qualité d'associé, alors même que le partage n'est pas intervenu, et ce, afin que soient sauvegardés les intérêts sociaux. Phénomène dont on trouve l'illustration dans le fait que chacun des copropriétaires d'actions indivises, a droit à la communication individuelle des documents sociaux (75).

Tandis que d'autre part l'individualisme inhérent à la propriété des parts, explique l'exigence de son exercice collectif au sein du groupement.

Si bien que la solution donnée par la Cour de cassation apparaît satisfaisante, d'un point de vue positif, mais critiquable dans sa motivation parce qu'elle reste fidèle à une définition du droit d'associé conforme à celle de tout droit subjectif classique et ne tient pas compte du rattachement de ce droit à un système collectif, alors que ce rattachement contribue de façon déterminante à lui conférer ses caractères propres.

(72) DERRUPÉ, *Régimes de communauté et droit des sociétés*, J.C.P. 1971.I.2403. Possibilité évoquée par M. Burst, note précitée ; note DERRIDA, note S., Rennes, 15 mars 1967, J.C.P. 1967.II.15204.

(73) An. 1220 Code civ. qui vise la divisibilité des créances de valeur.

(74) MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n° 115, p. 50, dans le même sens : BURST, note précitée.

(75) Article 171 de la loi du 24 juillet 1966.

Mais ce genre de conflit, qui tient au principe de la double appartenance du droit d'associé à l'ordre général et à l'ordre spécial, se double encore d'oppositions de type secondaire dont la source réside dans le poids sur le droit individuel de la réalité collective du système.

50. — B) On observe aussitôt ici, que cette réalité collective n'a pas un contenu constant dans tous les groupements.

Tantôt elle s'appuie sur l'individualité des membres dont elle ne peut être dissociée, tantôt au contraire, elle en est indépendante. Or, l'influence exercée par elle sera non seulement diversifiée, mais encore agira en sens opposé sur le *régime externe*, ou l'*exercice interne* du droit d'associé.

En effet, il semble que, plus la vocation du groupement est authentiquement collective, moins sera altéré son régime de droit individuel. Tandis que l'épanouissement au sein du groupement d'une sorte d'individualisme participant de la réalité collective, la modifiera profondément. En revanche dans la première hypothèse, les exigences collectives seront plus oppressives à l'égard du libre exercice du droit, qu'elle ne le seront pas dans la seconde. Il importe de démontrer l'un et l'autre des éléments de cette dualité.

Par un singulier jeu des contraires, en effet, il peut arriver que la nature collective du droit en exacerbe le caractère individuel, puisqu'elle en fait un droit personnalisé, c'est-à-dire lié à la personne de son titulaire.

Ce phénomène se rencontre dans les groupements où la « considération de la personne, de son identité, de ses qualités » (76) demeure prépondérante, au sein des sociétés par intérêt notamment. En effet, l'*intuitus personae* s'il traduit la survie de l'individualisme n'en est pas moins en droit des sociétés, une notion qui gravite autour de celle de communauté active : « à la différence des contrats à titre onéreux, relève M. Camerlynck, il n'implique pas entre les contractants, un antagonisme d'intérêts, bien au contraire, il suppose une étroite collaboration, résultat d'une identité d'intérêts économiques. Tout ce dont s'enrichit la société par l'activité des associés profite à tous. Aussi conçoit-on l'importance prépondérante qu'attache chaque associé aux qualités particulières des autres, à leur compétence, à leur loyauté » (77). On le voit, c'est la réalité collective qui soutend la personnalisation du droit de chacun des membres.

Aussi, le régime de ce droit, en tant que bien dans le commerce juridique, sera-t-il profondément affecté par ses données internes. Ce qui n'est pas vrai du droit des membres d'un groupement personnifié dépourvu d'*intuitus personae*, c'est-à-dire où le collectif domine largement l'individuel comme on l'admet habituellement pour les sociétés

(76) CAMERLINCK, *L'intuitus personae dans les sociétés anonymes*, 1929, p. 7.

(77) CAMERLINCK, *op. cit.*, *ibidem*, p. 9.

anonymes; là plus que l'actionnaire, c'est *l'action* qui est prise en compte.

Cette remarque en forme de dyptique pourrait être éclairée avec autant de valeur démonstrative par l'examen des règles applicables à la cession entre vifs du droit, à sa saisie exécution (78), ou encore gouvernant en l'espèce la liquidation de communauté entre époux (79). Mais le sort qui lui est réservé à l'occasion d'une transmission successorale en est un exemple édifiant.

51. — Il n'est point besoin présentement, compte tenu de la généralité des propos exposés dans ce chapitre, de décomposer les solutions retenues. Il suffit de rendre compte des principes qui les expliquent. Au décès de l'actionnaire, l'individualisme profond qu'exprime la théorie générale des successions, s'accommode sans difficulté de la réalité collective du droit d'associé qui est normalement transmis à son héritier.

Bien plus en cas de pluralité de successibles au même degré, la fongibilité des actions favorise un partage équitable. Rien de tel pour ce qui concerne le droit de l'associé en nom. Ici, la reconnaissance de l'*intuitus personae* engendre un conflit entre le droit des sociétés et le droit successoral (80).

Pour en déterminer les causes plus précisément, on dira que l'individualisme d'essence collective s'oppose à l'individualisme général. La première anomalie de son régime apparaît avec l'incidence du pacte social sur les règles de dévolution qui varieront selon que les statuts contiendront ou non des stipulations concernant le sort du droit d'associé. Dans leur silence, le décès du membre de la société en nom, entraîne *ipso facto* sa dissolution, signe tangible de l'importance de principe de l'*intuitus personae*.

Dans ces conditions, les héritiers auront un droit au partage — ou seront coindivisaires de ce droit — mais l'intérêt social commande que l'on tempère la rigueur de cette solution. Aussi, la jurisprudence et la loi ont-elles validé les clauses, fréquentes en pratique, de continuation de la société. Si celles-ci prévoient que cette dernière poursuivra son activité avec les seuls associés survivants, les héritiers seront alors créanciers — ou coindivisaires de la créance — de la valeur du droit (81) mais non pas des prérogatives du droit lui-même.

(78) CALAIS-AULOY, *Répertoire des sociétés*, Dalloz, V° *Associé*, n° 33 et s. et 38 et s.

(79) AUBRY et RAU, Tome III, n° 188. COLOMER, *Répertoire civil*, Dalloz, 2^e édition, V° *Communauté*, n° 271 et s. H.L.J. MAZEAUD, Tome IV, n° 138, éd. 1963. RIPERT et BOULANGER, Tome IV, n° 292. PLANIOL et RIPERT, Tome VIII, 2^e éd. par BOULANGER. WEILL, *Répertoire civil*, Dalloz, 1^{re} éd., n° 188, V° *Communauté*, n° 153.

(80) CATALA, *Le sort des parts sociales au décès de l'associé*, Mélanges Cabrillac, p. 60 et s.

(81) Sur les modalités d'évaluation des parts, cf. BASTIAN, *La réforme du droit des sociétés commerciales*, J.C.P. 1968.I.2.183.

Si, en revanche, il est prévu que la société continuera avec certains héritiers, cette clause développera ses pleins effets sous la condition que les nouveaux venus obtiennent l'agrément unanime des associés primitifs et qu'ils versent à l'occasion du partage, à leurs cohéritiers, la contre-valeur du droit par eux acquis, mais ce n'est plus ici qu'une affaire entre cohéritiers.

On mesure les conséquences considérables du caractère collectif du droit sur son régime externe.

En réalité, l'individualisme, né du collectif, s'impose à l'individualisme naturel du droit. Mais parallèlement, ce même individualisme d'essence collectif, concourt à donner de l'intérêt social une définition voisine des intérêts particuliers. Si bien qu'à l'intérieur de cette forme de société, la jouissance et l'exercice du droit est entravée par des limites et des exigences communes moins contraignantes qu'elles ne peuvent l'être dans les sociétés anonymes.

52. — De façon générale, les membres d'un groupement personifié, ne peuvent user de leurs droits que dans le respect des intérêts généraux du groupement.

Mais au sein des personnes morales, objet de l'étude entreprise dans cette première partie, cette exigence est d'autant plus impérative que le droit individuel de chacun, tire son existence même du système collectif, ce qui a donc pour effet d'accuser le phénomène d'alternance propre à toute organisation sociale, suivant lequel la finalité de celle-ci n'a de sens que par rapport aux individus, alors que les droits de chacun ne peuvent se réaliser dans la méconnaissance de la vie collective (82).

Mais les associés pourront, selon les espèces de personne morale d'un même genre, participer plus ou moins directement ou plus ou moins fréquemment à la procédure d'élaboration et de définition de l'intérêt social.

Que celle-ci résulte en principe d'une décision unanime dans les sociétés de personne ou qu'à défaut de stipulations contraires tous les associés y soient réputés gérants, contribue à faire en cette hypothèse, du caractère collectif du droit, une réalité moins pesante qu'elle ne l'est dans les sociétés par actions où ni l'une ni l'autre de ces deux règles ne sont en vigueur.

Pourtant, quelle que soit la teneur de la réalité collective, ses conséquences sur la nature du droit d'associé demeurent identiques puisqu'elle lui confère toujours un « caractère de dépendance », en dépit du fait que comme propriété corporelle, il bénéficie dans l'ordre commun de l'opposabilité absolue. Ce n'est pas dire que l'intime imbrication du collectif et de l'individuel fasse de ce droit en lui-même un « droit fonction » : mais indique uniquement la nécessaire

(82) BERTRAND, *De la dialectique en droit privé positif*, D. 1951, ch. p. 151.

et permanente conciliation de sa réalisation avec les intérêts propres du groupement.

En forçant l'analyse, on pourra dire que l'exercice des prérogatives du droit d'associé est toujours « conditionnel ». Mais en sens inverse, on remarquera que l'intérêt collectif reposant d'abord sur une approche des intérêts individuels « idéalisés », il s'agira moins de faire définitivement échec à l'exercice du droit que de le différer afin de mieux le sauvegarder. Ainsi, la subordination présente du droit d'associé aux intérêts collectifs ne constitue qu'une façon indirecte de le maintenir dans sa valeur.

Or, le concept d'intérêt social est un concept dynamique, corollaire de l'action collective qui se développe dans le temps et dont il est le point de référence permanent, si bien que l'étroite relation droit d'associé — intérêt social, a pour conséquence de faire de ce droit non pas un droit intrinsèquement constant, mais un droit en devenir.

§ 3. — C'est un droit en devenir.

53. — L'idée d'entreprise commune à caractère économique qui soutend le système créé par la personnalité morale à effet novatoire, est le principal facteur de substitution, à l'intérieur de ce système, d'une vision prospective du droit subjectif à une vision statique.

Car, du succès de l'entreprise, dépend la réalisation des virtualités du droit d'associé. Ici, il convient de rappeler son caractère complexe. On observera aussitôt qu'à la différence d'un droit subjectif classique — qui constitue lui-même un ensemble composite — l'interdépendance qui unit ses éléments constitutifs n'est pas comme pour ce dernier, *centrée sur son objet ce qui lui confère son aspect unitaire, mais sur le sort de l'entreprise dont il procède*. De là son « éclatement ». De telle sorte que la coexistence des différentes prérogatives et facultés qu'il renferme, ne sera pas figée mais active, lui donnant un caractère évolutif.

Ce qui suppose que le rapport existant entre elles ne sera pas invariable mais au contraire subira l'influence, non seulement de l'objet de l'entreprise sociale, mais également de ses conditions. Encore qu'il faille remarquer à cet égard, qu'en toute hypothèse cette coexistence présente des traits différents en fonction de l'objet des prérogatives envisagées. Elle sera, suivant les cas, tantôt simultanée, tantôt successive.

54. — 1° En premier lieu, la coexistence sera dite *simultanée* lorsque les prérogatives individuelles du droit d'associé ayant vocation à s'exercer sur un même objet, se trouveront en concours, la réalisation de l'une affectant d'une façon directe ou indirecte celle de l'autre.

Son incidence sur le droit d'associé est prépondérante lorsque celui-ci est intégré à une entreprise économique durable et au caractère collectif prononcé, car en cette hypothèse, l'intérêt social sera

doté d'une grande énergie. De lui dépendra le contenu réel et la valeur de ce droit. Que l'on décide au sein d'une société anonyme, afin d'assurer la prospérité de l'entreprise, d'affecter les bénéfices à la constitution de réserves plutôt que de les distribuer sous forme de dividendes, et la valeur spéculative du droit en sera accrue (83), tandis que provisoirement, seront gelées ses facultés et jouissance immédiates.

A l'inverse, mais dans un même dessein collectif, qu'afin d'alléger le passif interne de la société, on amortisse les actions d'une même catégorie, permettra à leur titulaire d'exercer immédiatement leurs droits sur les réserves, mais en contrepartie, ils perdront un droit au partage de l'actif au moment de la dissolution (84). On le voit, l'idée d'entreprise économique durable, recèle un certain nombre de forces, au jeu complexe, de transformation du droit individuel de ceux qui y participent.

55. — 2° En second lieu, on qualifiera cette coexistence de *successive*, lorsque l'on évoquera la relation qui s'établit entre des droits individuels qui se réalisent sans s'exclure au fur et à mesure que parallèlement se développe l'entreprise collective et qu'elle s'achemine vers son terme.

Il en est ainsi, par exemple, de la relation qu'il y a entre le droit aux dividendes ou le droit de jouissance individuelle sur les biens sociaux et le droit au partage de l'actif de la société.

Il est évident que ce second type de coexistence est fondamental dans la dynamique du droit d'associé, lorsque l'entreprise collective est, par sa nature éphémère, limitée à une action isolée. Que l'on observe l'évolution suivie par le droit du candidat propriétaire au sein d'une société immobilière d'attribution, et l'on constate que l'ensemble des droits dont il jouit au cours de la période de construction de l'immeuble, n'a de sens que relativement à ceux dont il bénéficiera une fois celle-ci achevée (85).

Des remarques qui précèdent on doit en généralisant, induire que le droit d'associé n'est pas, en tout état de cause, un droit figé mais un droit « *plastique* » dont la réalité se modifie avec les variations de l'entreprise sociale. Or, celle-ci n'est dotée d'énergie propre qu'autant que le groupement qui la soutend est reconnu dans l'ordre général en tant que sujet de droit, car de cette reconnaissance, elle tire la faculté et le pouvoir d'agir.

Il existe donc une corrélation certaine entre la perfection du droit d'associé et celle de la personne morale en tant que sujet de droit.

(83) CHAMPAUD, Thèse précitée, p. 20, n° 20.

(84) Article 209, Loi du 24 juillet 1966.

(85) G. GUYON, *La situation des associés dans les sociétés de construction*, J.C.P. 1962.I.1735. — C. JAUFFRET, *La transparence civile et la protection des associés d'une société de construction*, J.C.P. 1967.I.2065. — JESTAZ, *Vers un statut et ensemble de la promotion immobilière*, D. 1972, ch. 177.

CHAPITRE II

Le droit d'associé et le sort de la personnalité morale.

56. — « La personne morale pose aux limites de son existence des problèmes délicats. Il est parfois difficile de dire si la personne morale existe déjà ou n'existe pas encore, si elle existe encore ou si elle n'existe plus » (1). Parce qu'elle est une technique juridique aux attributs purement fonctionnels destinés à favoriser une activité économique collective, son existence est tributaire du réseau complexe de liens que celle-ci implique.

On ne conçoit pas qu'une entreprise apparaisse dans l'ordre économique ni en disparaisse instantanément.

Or, « cette sous-jacence de l'entreprise éclaire les traits qui séparent la situation juridique créée par la mort d'un individu, de celle qui a trait à la fin d'une société » (2). De même que son projet explique le particularisme de son avènement dans l'ordre collectif.

Autrement dit, il existe une phase de création de l'entreprise collective et une phase de disparition auxquelles est associé le sort de la personnalité morale. Car les étapes du processus réel de formation de l'entreprise s'accompagnent nécessairement d'une expression juridique formelle.

Le problème se pose alors de déterminer, à l'intérieur de cette procédure, le moment où la personnalité juridique du groupement sera reconnue ou niée. Plus précisément, à partir de l'accomplissement

(1) COULOMBEL, *La condition juridique des personnes morales*, p. 103.

(2) GAVALDA, *La personne morale des sociétés en voie de liquidation*, in *Mélanges Hamel*, p. 253 et s. et sp. p. 255, n° 5.

de quelle formalité sera-t-on en droit de dire si elle existe ou n'existe pas, ou plus ?

La question est d'importance, car, de sa réponse, dépendent et l'efficacité de la personnalité morale en tant que technique d'expression collective, et la force de son pouvoir « novatoire » de droits individuels.

57. — A quelle formalité sera associée l'émergence du droit d'associé dans sa véritable nature ? Deux attitudes peuvent se concevoir à cet égard. La première consiste à adopter une conception statique et implique une vision invariable de la personnalité morale. On considère que l'existence de la personnalité morale dans la plénitude de ses implications, sera fixée par rapport à une formalité donnée, en deçà ou au-delà de laquelle elle sera ou ne sera pas. Sans doute, une telle doctrine a-t-elle le mérite de la clarté, mais elle ne traduit pas toutes les manifestations de la réalité.

On peut, à l'inverse, appréhender le problème dans une perspective « évolutive » en formulant le principe suivant lequel la personnalité morale peut avoir un contenu variable.

On estime dans ce cas qu'elle tendra vers sa perfection ou, au contraire, vers son anéantissement au fur et à mesure que seront formellement constatées les étapes successives nécessaires à la mise en place de l'entreprise ou à sa cessation.

Cette analyse n'est pas, dans son ensemble, différente de la précédente puisque le principe de personnalité morale reste, par la force des choses, attaché à une formalité définie. Mais elle s'en distingue par le fait qu'elle admet une possibilité d'adaptation de la personnalité juridique aux exigences successives.

Curieusement, le législateur contemporain a, semble-t-il, retenu l'une et l'autre de ces doctrines en leur attribuant un domaine d'action propre. S'agissant tout d'abord de la fin de la personnalité morale, il consacre la seconde d'entre elles, puisque reprenant un principe depuis longtemps énoncé par la jurisprudence (3), l'article 391, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1966 dispose : « la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de sa liquidation ». Cette formule recèle à la fois le principe de la personnalité morale et sa limitation par une fin donnée.

Mais simultanément, la loi nouvelle illustre la première analyse, s'agissant cette fois de l'avènement de l'être social dans l'ordre juridique, puisqu'aux termes de son article 5 : « Les sociétés commerciales jouiront de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au Registre du Commerce » (4).

(3) BASTIAN, *La survie de la personne morale pendant la période de liquidation*, J.S., 1937, p. 1 et s.

(4) Solution reprise par l'art. 3 de l'Ord. du 23.9.1967 sur les groupements d'intérêt économique et par l'art. 1843 du projet de loi n° 10528 portant réforme des sociétés civiles.

Faut-il induire de ces deux règles que si le droit d'associé n'apparaît dans son originalité qu'au moment de l'inscription de la société, en revanche, il conserve sa nature propre durant toute la période de liquidation. A la vérité, cette question en pose une autre plus générale : celle de la concordance de l'effet novatoire de la personne morale et de sa reconnaissance comme sujet de droit. Il importe de l'examiner en tenant compte des données particulières de chacune des hypothèses, à l'occasion desquelles elle se révèle (Section I) pour tenter ensuite de formuler quelques observations critiques sur les solutions auxquelles son étude conduit nécessairement (Section II).

SECTION I

HYPOTHESES

58. — Quoique participant d'une même nature, les difficultés se présenteront cependant sous un jour différent selon qu'on les abordera à l'occasion de la création de la personne morale (par. 1) ou de sa disparition (par. 2).

§ 1. — Le droit d'associé et la naissance de la personnalité morale.

59. — On sait que sous le régime antérieur à celui de la loi du 24 juillet 1966 et après que furent surmontées quelques hésitations tenant notamment aux formalités de publicité requises par la fondation de sociétés anonymes (5), on admettait, en s'appuyant sur les dispositions de l'article 1843 du Code civil, que la personnalité morale apparaissait au moment de la constitution de la société, c'est-à-dire lorsque la volonté collective des associés s'était manifestée, soit par la signature des statuts, soit par la décision de l'assemblée générale constitutive. On accordait aux formalités de publicité une fonction certes importante mais accessoire, leur rôle était de parfaire l'effet de la procédure constitutive.

Cette solution, en fixant l'origine de la personnalité juridique du groupement dans la volonté de ses adhérents, constituait une illustration topique de la thèse dite de la réalité.

En faisant de l'inscription au registre du commerce la condition nécessaire à l'octroi de la jouissance de la personnalité morale (6), le

(5) COULOMBEL, *op. cit.*, p. 107. — HÉMARD, TERRÉ, MABILAT, *Sociétés commerciales*, éd. 1972, Tome I, pp. 133 et 134.

(6) BASTIAN, *Les sociétés avant leur immatriculation au Registre du Commerce*, in *Mélanges Cabrillac*, p. 23 et s., sp. p. 25, évoquant le débat de l'Assemblée Nationale du 1.6.1965, porté au *J.O.* du 2 juin, pp. 1680 et 1681.

législateur contemporain a créé à cet égard un double foyer d'incertitude aux éléments intimement combinés.

Il est, en effet, malaisé de dire si la constitution de la société pré-existe à son immatriculation ou lui est simultanée et si l'avènement de la personnalité morale dans la plénitude de ses effets, peut être dissocié de celui de la société. Interrogation d'autant plus embarrassante que la règle contenue dans l'article 5 a été étendue à la plupart des groupements à caractère économique.

60. — A) Dans la mesure où, comme le fait la doctrine dominante, on envisage la personnalité morale comme un concept unitaire développant des effets de même qualité, à l'intérieur comme à l'extérieur du groupement, puisque procédant d'un même phénomène, sa reconnaissance en tant que sujet de droit, deux thèses opposées sont susceptibles d'être défendues :

1° On peut tout d'abord *associer* la naissance de la société à celle de la personnalité juridique. Dans cette perspective, on considèrera que la société n'est pas constituée tant qu'elle n'a pas été immatriculée.

Au soutien de cette démonstration, on fera valoir que l'article 2, alinéa 1^{er}, du décret du 23 mars 1967 dispose que : « *la durée de la société* court à dater de l'immatriculation au Registre du Commerce » et on pourrait ajouter comme le note Daniel Bastian « qu'à l'occasion de la discussion de l'Assemblée nationale, de l'article 3 du projet de loi (devenu l'article 5 du texte définitif), on a fait allusion à la période pré-sociale dont parlaient les Allemands, avant l'immatriculation au Registre du Commerce ou que le Garde des Sceaux a évoqué les actes accomplis par les fondateurs avant que la société soit définitivement constituée par son immatriculation au Registre du Commerce » (6).

Mais dans ce cas, quelle sera la signification de la procédure constitutive, strictement entendue dont les effets à l'égard des associés sont pourtant considérables. Serait-ce que la personnalité morale existe dès l'accomplissement de cette formalité essentielle, encore que, compte tenu des termes de l'article 5, il ne puisse s'agir que de la personnalité morale interne telle qu'elle fut définie par Thaller (7).

Un certain nombre d'indices autoriserait à le penser; que les engagements des fondateurs une fois repris par la société soient réputés avoir été souscrits pour elle (8) mais encore que les fonds versés par les souscripteurs soient déposés pour le « compte de la société » (9) sont autant de dispositions qui semblent révéler une personnalité morale interne « embryonnaire ».

(7) THALLER, note précitée, p. 45, note 5.

(8) Article 5, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1966.

(9) Article 77, alinéa 2, loi du 24 juillet 1966.

Dans le même sens, on avait, au cours des débats parlementaires, fait état d'un argument terminologique selon lequel l'expression « jouissance de la personnalité morale » laisserait supposer son existence préalable (10). Mais, à cela, on a très justement répondu que les deux locutions devaient recevoir le même sens (11) car il ne fait pas de doute que « l'incapacité de jouissance équivaut à la privation d'un droit » (12).

Au reste, au-delà de cette querelle de mots, nous ne voyons pas comment, dès l'instant où l'on estime que la personnalité morale n'est qu'un sujet de droit, dissocier son aspect interne de son aspect externe, car ce qui les différencie, ne tient pas aux prérogatives que renferme la personne morale en elle-même (capacité de contracter, d'ester en justice...), mais aux personnes à l'égard desquelles elle les exerce. Affirmer dans cette conception qu'il y a une personnalité morale interne, revient à dire que les associés ont acquis la qualité de tiers relativement à elle.

Indépendamment du fait que cette analyse ne nous paraît pas exacte, il faut ajouter qu'elle débouche obligatoirement sur la reconnaissance simultanée de la personne morale interne et externe. Retenons-en cependant, d'ores et déjà, qu'il ressort de quelques dispositions législatives, les signes révélateurs de l'apparition d'un ordre collectif interne.

2° Empruntant une démarche radicalement nouvelle, un éminent auteur a proposé de dissocier l'avènement de la société de celui de la personnalité morale, donnant ainsi de la cohérence au contenu de la loi. Fondant son raisonnement sur une référence historique, il relève qu'avant 1891, date à laquelle elle leur fut attribuée, les sociétés civiles étaient dépourvues de personnalité juridique, bien que constituant d'authentiques sociétés.

En appelant à cette solution passée et la transposant à l'hypothèse de la société non encore inscrite au Registre du Commerce, il conclut : « la situation en définitive nous paraît claire, la société est déjà constituée avant toute immatriculation par l'accomplissement des formalités constitutives au sens classique du terme mais il s'agit d'une société dépourvue de personnalité juridique » (13).

Il souligne par ailleurs à l'appui de son analyse, l'article premier, alinéa second, de la loi nouvelle qui soumet l'immatriculation : « à l'accomplissement des formalités de constitution de la société »,

(10) LE DOUAREC, rapport n° 1386, Tome I, p. 27. — ROUSSEAU, J.C.P. 1966.I.2031, n° 30.

(11) J.O., Débats Assemblée Nationale, 1^{er} juin 1965, p. 1681 ; *adde* BASTIAN, *La réforme des sociétés*, J.C.P. 1968.I.2183.

(12) HÉMARD, *Précis élémentaire de droit civil*, I.1928., n° 95, cité par BASTIAN, in *Mélanges Cabrillac*, *op. cit.* — MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, Tome I, 1956. 974.

(13) BASTIAN, in *Mélanges Cabrillac*, *op. cit.*, p. 29.

exigence formulée en termes plus nets encore par l'article 55 du décret d'application.

Séduisante, cette opinion est aujourd'hui partagée par la plus grande partie des auteurs (14) dont certains concluent notamment que : « sur les biens apportés, il n'existe jusqu'à l'immatriculation au Registre du Commerce, qu'une indivision, les coassociés ont un droit indivis mobilier ou immobilier selon la nature des biens » (15). Mais, et bien qu'elle ait le grand mérite de justifier les contradictions apparentes du droit positif, nous craignons qu'elle ne mette pas fin à toute controverse.

A la vérité, elle recèle les éléments de sa propre critique. Si l'on se place, en effet, sur le terrain proposé, on est, par hypothèse, conduit à considérer que la société non personnifiée dont il s'agit est une société commerciale, ce qui implique que seront applicables aux droits de ses membres, les dispositions générales de l'article 529 du Code civil, dont on ne saurait dire qu'elles ont été exclues par la loi nouvelle. Or, c'est précisément en regard de celle-ci que fut admise, bien avant celle des sociétés civiles, leur personnalité juridique (16).

Au demeurant, nous avons relevé plus haut que la signification de ce texte s'était enrichie et modifiée en même temps que s'élaborait la notion de personne morale et qu'il était ainsi devenu plus qu'un instrument technique de qualification légale des biens, la manifestation de l'existence d'un système collectif original.

61. — B) A notre sens donc il faut sans doute reprendre la distinction société-personne morale proposée par cette doctrine, mais la formuler autrement à partir de la conception de la personne morale que nous avons précédemment exposée (17) et qui oppose à la personnalité morale interne génératrice de système juridique, la personnalité morale externe sujet de droit.

Dans cette perspective, on constate que les formalités constitutives au sens étroit, auront pour effet de transformer le droit d'associé dans sa qualité tandis que l'immatriculation consacrera l'existence d'un nouvel être juridique. Plusieurs arguments viennent conforter cette thèse.

En premier lieu, il importe de remarquer que s'agissant des sociétés anonymes, si l'Assemblée générale constitutive, ou la signature des statuts (18) n'interviennent pas dans les six mois du dépôt de projet de statuts au greffe du tribunal de commerce, le souscrip-

(14) HÉMARD, TERRÉ, MABILAT, *Sociétés commerciales*, éd. 1972, Tome I, p. 139, n° 151, p. 664, n° 770 et s. — MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, p. 103, n° 302.

(17) Cf. *supra*.

(16) D'ailleurs, on sait que le problème de la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés civiles posait la question d'une interprétation stricte ou étroite de l'art. 529 du Code civil.

(17) Cf. *supra*,

(18) Selon que la société fait ou ne fait pas appel public à l'épargne.

teur, candidat associé, pourra obtenir du juge des référés la désignation d'un mandataire chargé de restituer les fonds versés (19), faculté qui révèle que le souscripteur conserve avec les sommes par lui versées, un lien quasiment direct, encore que l'ombre du système collectif soit déjà perceptible à ce stade par l'exigence de la procédure indiquée.

Au contraire, l'accomplissement de ces formalités entraîne l'irrévocabilité des engagements de l'associé (20) ce qui signifie que s'est réalisé le processus de novation « de son droit primitif ».

En second lieu et l'argument nous paraît être déterminant, l'article 271, alinéa premier, de la loi prohibe la négociation des actions avant l'immatriculation de la société. Il autorise *a contrario* la cession des titres selon les formes du droit civil, c'est-à-dire dans le respect des termes de l'article 1690 du Code civil, quelle que soit cependant la nature des biens apportés (21).

C'est qu'à l'évidence l'article 529 se trouve être en vigueur dès avant l'inscription; c'est d'ailleurs à ce même raisonnement que la plupart des auteurs recourent pour justifier une interprétation extensive de l'article 422 qui interdit l'émission de titres négociables au sein des sociétés en participation pourtant dépourvues de personnalité juridique : « en effet, notent à ce sujet MM. Hémard, Terré et Mabilat, un titre constatant un droit d'associé quelconque révélerait dans tous les cas l'existence de la société, et s'il représente un apport, il ne peut être considéré comme représentant une fraction du capital social d'une société dépourvue de personnalité morale » (22).

Enfin, on peut ajouter au soutien de la démonstration entreprise que l'article 6, alinéa second, de la loi dispose que tout intéressé et par conséquent tout associé est en droit de solliciter du tribunal la régularisation de la constitution de la société si une des formalités prescrites par la loi et les règlements n'a pas été accomplie.

L'octroi de cette prérogative individuelle à finalité collective constitue une manifestation tangible de l'existence d'un ordre interne. On objectera à ce dernier argument que cette action se prescrivant par trois ans à compter de l'immatriculation de la société, il faut en con-

(19) Art. 83, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1966. — HÉMARD, TERRÉ, MABILAT, *Sociétés commerciales*, Tome I, p. 666, n° 773, qui comme la doctrine générale estiment que la formalité constitutive réside soit dans l'assemblée générale, soit dans la signature des statuts.

(20) Requête 13 novembre 1935, D.H. 1935, p. 553.

(21) MARIN, *Répertoire des sociétés*, Dalloz, V° *Actions*, n° 322, qui précise que la négociation interdite par la loi dans ces conditions est la négociation effectuée selon un mode de droit commercial, tradition, virement, transfert, propre aux titres dits négociables, *adde* HAMEL et LAGARDE, n° 528. — HOUPIN et BOSVIEUX, n° 433. — PIC et KREHER, n° 757. — ESCARRA et RAULT, n° 1206. *Adde*, on observera toutefois que fiscalement l'on continue de tenir compte de la nature du bien apporté pour fixer les droits d'enregistrement (SORTAIS, *Répertoire des sociétés*, Dalloz, V° *Sociétés anonymes*).

(22) *Op. cit.*, p. 377, n° 356.

clure qu'elle ne pourra être exercée qu'à partir de cette date; sans doute, mais l'exercice d'un droit ne saurait être confondu avec son acquisition.

Selon nous, l'associé devient titulaire de l'action dès la constitution de la société, sa mise en œuvre en étant différée (23).

Au moins cette distorsion révèle-t-elle l'imperfection du droit d'associé durant la période immédiatement antérieure à l'immatriculation de la société au Registre du Commerce, car on ne saurait prétendre que l'effet novatoire de la personnalité morale interne soit totalement autonome de sa reconnaissance en qualité de sujet de droit; que le principe de substitution soit consacré dès la constitution de la société est une chose, en est une autre la plénitude de cette substitution.

62. — D'autant plus que dès avant l'inscription, la forme sociale choisie n'est pas sans incidence sur le droit d'associé; la structure et le fonctionnement propre à chaque associé ayant pour conséquence de le rapprocher ou, au contraire, de l'éloigner d'un droit indivis de type classique. C'est ainsi que la société en nom, soumise *a priori* à la règle de « l'unanimité des volontés individuelles », comme à la présomption de gérance qui touche chacun de ses membres constituera un groupement singulier.

« La situation, remarque M. Bastian, rappellera celle qui se rencontre dans l'association en participation (à laquelle la loi du 24 juillet 1966 restitue son véritable nom de société en participation) avec, cependant, cette différence fondamentale que la société en participation doit demeurer occulte (24) alors qu'ici rien n'empêche les associés en nom ou en commandite de révéler l'existence du lien qui les unit » (25). Si bien que l'ordre collectif interne est reconnu des tiers.

On est dès lors en présence d'un état juridique provisoire mais particulier, que nous qualifierons « d'indivision sociétaire » (26) dans laquelle les associés se verront reconnaître un droit *sui generis* qui pour être contenu dans une part mobilière par ailleurs difficilement cessible (27), représentera *erga omnes* un droit individuel direct sur la masse des biens apportés (28).

Le droit de l'actionnaire, quant à lui, bien que répondant à une analyse de même ordre, offre un visage sensiblement différent, tenant

(23) Cela tient au fait que le greffier exercera d'abord un contrôle qui pourra déboucher sur l'irrecevabilité de la demande d'immatriculation.

(24) On a pu cependant contester que le caractère occulte de ces sociétés fut encore un de leurs éléments essentiels. DERUPPÉ et PERCEROU, *Les nouvelles techniques de concentration*, Colloque de Montpellier, 1971, p. 114.

(25) BASTIAN, in *Mélanges Cabrillac*, *op. cit.*, p. 29.

(26) A ne pas confondre avec les sociétés d'indivision.

(27) La cession sera subordonnée à l'accord unanime des autres associés.

(28) Le droit n'est pas éloigné du droit que l'on rencontre dans une co-propriété soumise à la loi du 13 juillet 1965.

au fait que la réalité collective interne y est d'ores et déjà plus élaborée.

Dès l'assemblée générale constitutive « fonctionne la grande loi des sociétés qui est la loi de la majorité » (29) et sont susceptibles d'être mis en place les organes définitifs d'administration (30).

Parallèlement, l'associé, à la différence de l'indivisaire, ne bénéficiera plus d'aucun droit de jouissance sur les biens composant le fonds social. Simultanément, s'il lui sera interdit de négocier ses actions, il lui sera, en revanche, loisible de les céder sans que soit requis le consentement unanime de ses coassociés.

Que l'ensemble des situations examinées, ainsi que les concepts et démembrements qu'elles appellent, soit irréductible aux institutions classiques, suffit à notre avis à démontrer clairement l'apparition dès l'acte de fondation de la société (31) d'un système original puisque authentiquement collectif. Au demeurant, ramener ces situations à un état d'indivision nous paraît être une démarche qui méconnaît leur nature profonde. La société non immatriculée renferme en elle-même un devenir collectif que consacra sa reconnaissance en tant que sujet de droit. Aussitôt, dotée d'un patrimoine propre, elle sera considérée dans l'ordre juridique comme titulaire de l'ensemble des droits qui lui ont été apportés.

Corrélativement, se réalisera dans sa plénitude la transformation du droit initial de l'associé. De direct qu'il était, le lien qui l'unit aux biens sociaux devient indirect. Tandis que le projet de l'indivision est essentiellement individualiste, le droit de ses membres pour un temps altéré par un fait collectif subi, a vocation à retrouver son intégrité et la totalité de ses utilités et de ses qualités individuelles.

A ce point de vue on relèvera qu'elle est plus proche de l'état qui se rencontre après qu'ait été prononcée la dissolution de la société.

§ 2. — Le droit d'associé et la disparition de la personnalité morale.

63. — Le principe de survie de la personnalité morale pour les besoins de sa liquidation s'explique principalement par des considérations économiques et sociales, « le maintien de l'unité juridique d'exploitation permet d'éviter un arrêt ou un fâcheux ralentissement de la vie économique et sociale de l'entreprise qui transcende la vie de la société, même si l'entreprise est appelée à disparaître, le main-

(29) RIPERT et ROBLOT, *Traité*, n° 1106.

(30) Article 68 du décret du 23 mars 1967, n° 67-236.

(31) Lui-même est un acte original car il est un acte juridique collectif. Cf. ROUJOU de BOUBÉE, *L'Acte juridique collectif*, p. 66.

tien de la personnalité sociale se justifie pendant une indispensable phase de liquidation » (32).

Il reste cependant que cette entreprise ne peut plus être animée du même souffle puisqu'elle ne déploie d'activité que dans la perspective de son anéantissement. C'est la raison pour laquelle la personnalité juridique du groupement ne sera plus dotée de la même force. Dans ces conditions, il importe de mesurer son déclin en recherchant dans quelles circonstances ses effets se trouveront être altérés, voire cessera-t-elle de les produire.

Il serait tout d'abord inexact de considérer qu'elle ne subsistera qu'à l'égard des tiers comme l'avait toutefois admis une cour d'appel dans un arrêt déjà ancien (33). En effet, mis à part le fait que l'analyse classique de la personnalité morale à laquelle se référait nécessairement la décision précitée interdit une telle dissociation, il faut encore souligner que la règle de la survie trouve sa justification dans la protection des intérêts des créanciers sociaux tout autant que de ceux des associés qui sont loin, en l'espèce, d'être antinomiques, car « l'émiettement du patrimoine social » serait contraire aux uns et aux autres (34). Idée qu'a consacrée le législateur de 1966 en renforçant la personnalité civile des sociétés en cours de liquidation (35).

Il serait hâtif cependant de croire que la décision de dissolution soit sans incidence sur son contenu, mais elle en affecte, selon une sorte de symétrie, et la capacité de sujet de droit, et l'ordre collectif à l'origine duquel elle se trouve.

Définir la nature de ses conséquences, c'est dans le même temps dégager l'idée force qui domine les solutions positives. A vrai dire, c'est moins la personnalité juridique par elle-même qui s'en trouve modifiée que sa finalité légale. Initialement, elle était de permettre à ses adhérents d'acquérir un droit original. Elle est désormais de favoriser dans le respect des engagements sociaux, l'accession à un droit subjectif classique. *La dissolution opère donc une substitution de projet de l'entreprise sociale.*

Il est alors paradoxal mais vrai, de relever que ce n'est que dans une perspective fondamentalement individualiste que se perpétue l'action collective dont les structures seront déviées de leur objectif premier.

(32) GAVALDA, *La personnalité morale des sociétés en voie de liquidation*, Mélanges Hamel, p. 255.

(33) Besançon, 25 avril 1904, Gaz. Pal. 1904.I.704 : « La règle, d'après laquelle la société dissoute est réputée existante jusqu'à son entière liquidation, ne s'applique qu'au regard des créanciers sociaux... mais il est sans effet en ce qui concerne les rapports des associés entre eux. »

(34) BASTIAN, J.S., 1937, p. 5, n° 4.

(35) Article 391, alinéa 2, qui pose le principe ; Article 272 qui prévoit que les actions sont toujours négociables jusqu'à la clôture de la liquidation ; Article 412 qui détermine les pouvoirs du liquidateur ; Article 392, alinéa 1^{er}, qui prévoit le sort des baux en cours et notamment leur renouvellement.

Cette idée, à laquelle il faut rattacher la référence « aux besoins de la liquidation », avait été mise en lumière par Daniel Bastian dans l'étude pénétrante qu'il consacra au problème (36). Elle se vérifie non seulement en ce qui concerne la capacité reconnue au groupement dans l'ordre externe qui, pour être très étendue, devra être conforme aux impératifs de la liquidation, ce qu'a rappelé récemment la Cour de cassation en enjoignant aux juges du fond appelés à apprécier l'opportunité d'un acte du liquidateur de motiver leur décision au regard de cet objet (37), mais encore, lorsque l'on examine les situations créées par la dissolution dans l'ordre interne.

Ici, puisque la liquidation à venir suscite tout à la fois la survie du système collectif et sa remise en question, le droit d'associé pour conserver ses caractères originaux n'en aura pas moins vocation à retrouver les définitions traditionnelles « après la dissolution de la société, a-t-on pu écrire dans ce sens, la personnalité des associés se dessine davantage derrière l'écran plus faible d'un être moral diminué » (38). Il convient d'illustrer les effets positifs de la coexistence de ces contraires en observant aussitôt que chacun de ces termes exerce sur l'autre un effet modérateur.

a) *Le droit d'associé demeure lié à un système collectif.*

64. — Le patrimoine de la société reste distinct de celui de chacun des associés; encore que le lien qui les unit devienne plus étroit. Il n'empêche que le droit d'associé conserve ses traits essentiels. Il ne fait pas de doute notamment que, tandis que les fluctuations affectant la masse des biens collectifs ne concerneront directement que le patrimoine social (39), les gains continueront d'être répartis dans les conditions prévues au pacte social (40).

Dans le prolongement de ce qui précède, l'associé se verra refuser tout droit de jouissance exclusif sur les biens sociaux (41) ainsi que l'exercice des droits et actions y afférents. Seul le liquidateur sera revêtu de ce pouvoir (42).

Conformément à cette règle, il a été jugé que l'associé ou ses héritiers n'étaient pas habilités à solliciter la rescision pour lésion des

(36) BASTIAN, *op. cit.*, p. 88, n° 38.

(37) Cass. civ. 3^e, 30 oct. 1969, Rev. Soc., 1970, p. 267, note J.H. qui casse un arrêt qui avait annulé un acte accompli par les liquidateurs sans rechercher si cet acte répondait aux exigences de la liquidation.

(38) GAVALDA, *op. cit.*, *ibidem*, p. 258, n° 10. Dans le même sens : VERDIER, *Répertoire des Sociétés*, Dalloz, V° *Liquidation*, n° 97.

(39) VERDIER, *op. cit.*, n° 99, citant Ch. des Requêtes, 28 juillet 1896, S., 1901. 391.

(40) GAVALDA, *op. cit.*, p. 261, n° 16. — VERDIER, *op. cit.*, n° 99.

(41) BASTIAN, *op. cit.*, p. 34, n° 21 et référence citée à la note n° 80.

(42) Req. 16 janvier 1867, Sirey, 1867.I.173 ; Civ. 23 juillet 1931, Dalloz Hebdomadaire, 1931, p. 521 ; Sirey, 1935.I.49, Note ROUSSEAU.

sept douzièmes d'une vente d'un immeuble social intervenu du chef du liquidateur (43).

Qu'un membre du groupement soit exceptionnellement autorisé à se substituer au liquidateur en cas de carence de ce dernier (44) n'est pas en contradiction avec cette solution, puisque l'on se trouve en présence d'une authentique action « *ut singuli* » dont l'existence postule celle de l'ordre collectif.

65. — Toutefois, le rapprochement des patrimoines individuels et collectifs est déjà perceptible. En leur interdisant de se prévaloir de l'article 1166 du Code civil, la Cour de cassation démontre clairement qu'elle dénie aux associés d'une société en cours de liquidation la qualité de tiers relativement à elle (45).

Certes, on a vu que même avant la dissolution, il paraît difficile de leur reconnaître (46). Mais il est incontestable que cette décision a été dictée davantage par l'analyse des situations nées de la dissolution que de celles découlant du principe général de la personnalité morale.

Par ailleurs, il faut souligner dans la logique de cette remarque qu'au cours de la période de liquidation, les associés bénéficient d'un droit d'information à la fois plus fréquent et plus étendu sur les opérations entreprises par le liquidateur, qu'il ne l'était à l'égard des actes accomplis par les organes d'administration au cours de la vie sociale (47). Si bien que l'on est en droit de se demander si, en dépit des dispositions de l'article 412, alinéa 1^{er}, le liquidateur n'est pas plutôt le mandataire des associés que celui de la société.

C'est en tout cas vers cette analyse qu'a incliné la Chambre sociale qui, dans un arrêt du 10 novembre 1966, a estimé que la décision de justice rendue dans une instance introduite par le liquidateur d'une société à responsabilité limitée, avait autorité de la chose jugée à l'égard des associés (48).

66. — L'ambiguïté de ces solutions n'est pas sans soulever de difficultés quant à la nature du droit. Il ne paraît assurément plus possible, en l'état des textes nouveaux, de partager l'opinion émise par

(43) Com. 12 octobre 1954, D. 1955, p. 697. Note COPPERT, ROYER. Arrêt qui relève qu'un associé est irrecevable à exercer une action éventuellement ouverte à la société, le liquidateur ayant seul qualité pour agir au nom de la société qui se survit à cet effet.

(44) Civ. 22 janvier 1930, Sirey, 1930.I.185 ; Req. 2 juillet 1934, Dalloz Hebdomadaire, 1934.556, Paris, 20 décembre 1948, J.C.P. 1949.II.5080, note SARRAUTE et TACER.

(45) Cass. Comm., 2 mai 1968, D. 1968, Som., p. III. Les actionnaires d'une société en commandite dissoute, avaient agi sur la base de l'article 1166 en nullité pour vice de consentement d'une vente intervenue avant la liquidation.

(46) *Infra*, p. 145.

(47) Articles 392, alinéa 1, 396, 405, 406, 411, alinéa 1, 412 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966.

(48) Soc. 10 novembre 1966, D. 1967, som., p. 44.

certain auteurs et retenue par quelques arrêts, suivant laquelle des associés ayant acquis dès la dissolution la qualité de copropriétaire, leurs parts dans la société pouvaient être immobilières si l'actif comprenait des immeubles (49).

L'article 272 de la loi de 1966 qui dispose que « les actions demeurent négociables après la dissolution et jusqu'à la clôture de la liquidation » ne laisse subsister aucun doute à cet égard. Le principe est donc que le droit de l'associé est mobilier. Il a d'ailleurs été formulé de façon très nette par la seconde chambre civile de la Cour de cassation qui a énoncé : « que les parts sociales conservent leur nature de meuble incorporel jusqu'au partage » (50). Il reste pourtant à en mesurer la portée.

Assurément, il s'applique dans les relations de l'associé avec les tiers. Aussi, en tant qu'elle représente un droit d'associé, la part d'intérêt ou l'action ne pourra être cédée que conformément aux conditions fixées au pacte social; les clauses d'agrément et de préemption continuent de développer leurs pleins effets (51); ce que l'on justifie d'un point de vue pratique par le fait que : « la liquidation peut être facilitée ou rendue plus compliquée selon la présence de telle ou telle personne » (52). De plus, fiscalement, l'opération ne donne lieu qu'à perception d'un droit réduit de cession de parts sociales (53).

Mais le droit conserve-t-il son caractère mobilier dans les rapports entre associés ?

Certains auteurs en avaient, dès avant 1966, émis le souhait (54). Soulignant qu'une telle solution aurait des avantages fiscaux (55) tout autant que civils, puisque facilitant les opérations de liquidation. Et plus récemment, on a pu tirer de la généralité des termes employés par elle dans l'arrêt précité, que la Cour de cassation semblait s'être ralliée à cette opinion (56).

Pourtant, cette analyse paraît se trouver en opposition avec la logique qui domine la règle de survie de la personnalité morale dont l'objet est principalement de favoriser les opérations préalables au

(49) THALLER et PERCEROU, Tome I, n° 447; voir également évoquant cette doctrine : HEENEN, Note sous Cour de Cassation Belge, 2 déc. 1952, *Revue critique de jurisprudence belge*, p. 288 et s. et spécialement 294 et s.

(50) Cass. 2° Civ., 27 octobre 1971, *Rev. Soc.*, 1972, p. 269, note SORTAIS. Il s'agissait pourtant en l'espèce de parts de société civile immobilière.

(51) Paris, 23 nov. 1933, S. 1934.II.195. — BASTIAN, *op. cit.*, p. 37, n° 22. — GAVALDA, p. 262. — SORTAIS, note précitée, p. 273.

(52) BASTIAN, *ibidem*. Il est à relever que la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 23 novembre précité, soulignait : « que l'entrée d'un étranger dans le cercle des associés serait de nature à entraver les opérations de liquidation ».

(53) Article 727, alinéa 1°, du Code Général des Impôts et les références citées par BASTIAN, *ibidem*, note 86.

(54) HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, n° 486, p. 594. — GAVALDA, *op. cit.*, p. 161, n° 17.

(55) Perception d'un droit de mutation réduit.

(56) SORTAIS, note précitée.

partage du fonds social et non pas d'affecter le partage lui-même. Quelle que soit la force qu'ait voulu lui conférer le législateur contemporain, elle doit être d'interprétation stricte et n'être accueillie « que dans la mesure nécessaire à l'accomplissement des actes de liquidation et à la sauvegarde des droits acquis; à tous autres points de vue, la réalité reprendra ses droits et doit produire ses effets » (57).

Or, il est incontestable que la cession de parts entre associés au cours de cette période est très proche d'un rachat de droits indivis par l'un des indivisaires. Elle procède donc davantage de l'idée de partage que de celle de liquidation, comme l'a laissé entendre la jurisprudence, qui s'est prononcée contre la mise en œuvre des clauses autorisant le rachat par un associé des parts de ses coassociés (58).

Il est vrai que tandis que diminue leur *affectio societatis* s'intensifie la vocation à l'individualisation du droit de chacun des membres.

b) *La vocation à l'individualisation du droit.*

67. — Le changement de finalité de l'entreprise collective a pour conséquence de faire du droit d'associé un droit éphémère qui tendra vers sa disparition ou plus précisément qui aura vocation à *reprandre la forme d'un droit subjectif classique*; ce que constate la jurisprudence en affirmant que les coassociés ont désormais un « droit ouvert » au partage d'un reliquat de l'actif après paiement du passif (59).

Aussi bien l'acquisition par l'un d'entre eux d'un bien social est-elle envisagée comme une opération de même nature que le partage (60). Autrement dit, l'acquéreur tiendra la chose non pas de la société mais de ses coassociés, de telle sorte que ces derniers lui devront la garantie (61) et que les droits de mutation seront dus non pas sur la valeur du bien acquis mais uniquement à concurrence de ce qui excède sa part (62).

Mais ces indices de l'imperfection du système collectif ne révèlent que la vocation à l'individualisation du droit et pas l'individualisation elle-même.

La finalité du groupement de véritablement collective qu'elle était est devenue individuelle, mais l'entreprise commune subsiste précisément pour atteindre ce nouveau projet.

Ainsi l'individualisation du droit ne devra pas entraver les opérations de liquidation, ce qui serait le cas si l'associé reprenait d'ores

(57) THALLER et PIC, n° 115.

(58) Com. 15 nov. 1950, J.C.P. 1951.2.61, note BASTIAN, favorable.

(59) Com. 2 mai 1968, D. 1968, Som. 111, Civ. 12 fév. 1890, S. 1819.I.230, Pau, 29 juin 1954, Gaz. Pal. 1954.II.281.

(60) BASTIAN, *op. cit.*, p. 35. — VERDIER, *op. cit.*, n° 101.

(61) GAVALDA, p. 261, n° 17.

(62) Civ. 12 fév. 1890, D.P. 1890.I.204 ; S. 1891.I.23. — BASTIAN, *ibid.* — VERDIER, *ibid.*, dans le même sens : HOUPIN et BOSVIEUX, Tome I, n° 277. PIC et KREHER, Tome I, n° 619.

et déjà ses apports (63) ou si ses héritiers, afin de préserver leurs droits, sollicitaient l'application de mesures conservatoires ayant pour effet de geler le patrimoine social (64).

L'ensemble des solutions que nous venons d'examiner révèle la tendance du droit positif à rechercher un équilibre entre les effets d'un système collectif naissant ou disparaissant, et l'exigence de l'ordre individualiste non encore totalement disparu ou consacré; elle est source d'incertitude et de difficultés techniques mais au-delà, elle suscite quelques réflexions relativement au principe même de personnalité morale.

SECTION II

OBSERVATIONS CRITIQUES

68. — Pour se situer aux confins de la vie sociale, les problèmes évoqués, comme les solutions qu'ils sont susceptibles de recevoir, n'en permettent pas moins, en élargissant l'analyse, d'apprécier la nature et de mesurer la force du rapport qui existe entre la fonction d'expression collective de la personnalité morale d'une part, et sa fonction de « novation » de droit subjectif de l'autre.

On retiendra tout d'abord que le lien de complémentarité qui les unit, s'accommode d'une certaine indépendance de leur sort respectif, car il n'implique pas nécessairement une concordance parfaite dans le temps entre l'une et l'autre.

L'étude des prérogatives spécifiques, comme du régime du droit d'associé, montre ainsi que si, au cours de la liquidation, le faible déclin de la *personnalité morale externe* doit s'accompagner simultanément de celui plus prononcé de l'ordre interne, au contraire pendant la phase précédant immédiatement l'immatriculation de la société au Registre du Commerce, le *système spécial*, dans ses traits fondamentaux, préexiste à la reconnaissance de l'être social.

Il y aura donc, dans cette hypothèse, discordance dans l'apparition de chacune des fonctions de la personnalité morale.

69. — Mais l'indépendance de ses effets, ainsi dévoilée, ne doit pas être sollicitée à l'excès. Car la plénitude de la personnalité morale, résulte de la conjonction de ses utilités. Si le principe de « novation »

(63) Tribunal de commerce de Fécamp, 15 avril 1953, Gaz. Pal. 1953.I, Som. 110.

(64) Com. 7 avril 1951, Bull. Civ. II, n° 280. Il s'agissait en l'espèce d'héritiers d'un associé qui avaient fait apposer les scellés sur les biens sociaux. Voir cependant en sens inverse : Req. 2 fév. 1925, SI. 225, note NIBOYET, qui autorise la mise sous séquestre des biens d'une société ennemie. Mais il s'agit d'une illustration d'un principe plus général de remise en cause de la personne morale lorsqu'elle est contrôlée par des associés ayant la nationalité de l'Etat ennemi.

aura, dès la constitution de la société, opéré ses conséquences essentielles, le droit d'associé n'acquerra cependant la totalité de ses qualités particulières, qu'au moment de son inscription. C'est dire, qu'à ce stade intermédiaire, selon le point de vue d'où l'on se place, on relève tout à la fois l'altération et la persistance de l'individualisme général.

A l'inverse, on ne saurait affirmer que la dissolution n'affecte pas le droit d'associé. Au vrai, on retrouve à cette occasion derrière la personnalité juridique du groupement — qui pourtant survit pour les besoins de sa liquidation — celle des associés pris individuellement.

Ces deux exemples illustrent l'influence qu'exerce de façon directe le sort de la personnalité morale sujet de droit, sur l'autonomie du système par elle créé, dont on voit qu'elle peut affecter la perfection.

Sans doute, les causes de cette imperfection sont-elles différentes car elles tiennent, au moment de la fondation de la société, à l'absence de l'être moral dans l'ordre commun, tandis qu'au cours de la liquidation, uniquement à son changement de finalité; mais dans les deux hypothèses, quoiqu'il ne soit pas doté de la même force, le phénomène par lui-même conserve une nature identique. *Il est de rendre le système spécial, plus perméable aux règles de l'individualisme classique.*

Ce n'est, à vrai dire, rien d'autre qu'une manifestation de la « transparence » de la personnalité morale, que l'on doit davantage analyser comme une conséquence de l'imperfection légale de l'ordre interne, que comme sa source.

A partir de là, on peut en généralisant, induire des observations faites à l'occasion de l'examen des périodes marginales de la vie sociale, ambivalentes par nature, que l'originalité et l'homogénéité du système né de la personnalité morale, dépend pour une large part de sa condition de sujet de droit, elle-même fonction de la finalité d'abord, et de l'objet ensuite qui lui sont légalement reconnus.

L'une et l'autre, constituent ainsi le point de rencontre des deux fonctions de la personnalité morale, à partir duquel s'établit entre elles une relation de cohérence.

Or, il arrive que l'objet du groupement, comme les conditions de sa réalisation, s'inscrivent dans une définition traditionnelle de l'individualisme (65). Si bien que logiquement l'ordre collectif sera dans une certaine mesure plus réceptif aux principes généraux.

Il est alors remarquable de noter que si l'effet « novatoire » découlant du principe de personnalité morale complète, reste constant, son intensité au contraire peut varier avec son application. Se révèle ici, une sorte de relativité de l'effet de *substitution* de système, qui explique la *diversité* des personnes morales, à l'étude de laquelle il importe à présent de se livrer.

(65) Personnes morales permettant d'accéder à la propriété ou à la jouissance de biens et de services par exemple.

TITRE II

La diversité interne des personnes morales opérant novation de droit

70. — Avant que d'examiner l'incidence de la diversité des personnes morales sur le régime du droit des associés, et de mesurer la force de leur pouvoir « novatoire », il importe de rechercher les causes de cette diversité et de dégager les facteurs de variabilité.

Ce sera là l'objet d'un chapitre préliminaire.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

Manifestations et facteurs de variabilité des effets internes de la personnalité morale.

71. — Il ne s'agit pas ici de dresser un tableau des différentes formes de groupements personnifiés, mais bien plutôt d'entreprendre de rechercher le sens de cette diversité, en appréhendant la réalité que ces formes recouvrent.

Entendons. Il convient de mesurer le degré d'individualisme dont peut être porteur l'ensemble collectif, et au-delà d'en déterminer la nature, car de lui dépend le contenu du droit d'associé.

Quelles sont les raisons qui font qu'en dépit d'un donné juridique commun, la personnalité morale complète, le lien unissant le patrimoine individuel au patrimoine collectif soit plus ou moins distendu suivant les groupements et parfois suivant les catégories d'associés ?

Et, question, certes, propre, mais intimement dépendante de la précédente, comment expliquer que la responsabilité encourue par les associés, à l'occasion des activités de l'entreprise sociale, puisse obéir à des régimes multiples ?

La réponse à l'une et à l'autre de ces interrogations appelle un préalable.

Il faut admettre que le concept de personne morale est un concept « malléable » (1) non pas que les prérogatives de sujet de

(1) Sur la relativité de la personnalité morale, v. notamment VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica*, éd. Giuffrè-Milan ; le phénomène n'est d'ailleurs pas propre au droit privé. Cf. sur ce point, R.-J. DUPUY, *Le droit des relations entre les organisations internationales*, Cours de l'Académie de droit internationale de la Haye, sp. p. 530, qui parle de contenu variable de la personnalité morale.

droit qu'il suppose ne soient pas de même nature — encore qu'il soit attribué de façon distributive aux différents types de groupement (2) — mais les formes et les modalités de maîtrise, et donc d'exercice de ces prérogatives, peuvent être assujetties à des règles variables, plus ou moins largement affectées par l'individualisme commun.

On perçoit clairement au bénéfice de cette remarque, la cohérence de la notion, dont les manifestations externes n'ont de signification que relativement à ses utilités internes.

72. — Mais à ce stade, une observation d'ordre général s'impose. Le droit positif contemporain est dominé par le thème de la « réalité », du *pragmatisme*. Les solutions qu'il propose se veulent précises, et désireuses de répondre à la grande variété des situations nées des relations sociales. Il subit en retour les effets de cette orientation.

Il n'est guère d'institutions qui subsistent dans leur pureté primitive. Chacune se modèle et se reconstruit à partir d'une finalité concrète. On est ainsi passé d'un ordre juridique que l'on *voulait absolu à un ordre juridique relatif*, au sein duquel il s'agit moins d'analyser les effets d'une institution à partir de sa nature d'origine, que d'adopter la démarche inverse. La nature de l'institution sera découverte à partir des objectifs qui lui sont assignés.

La personnalité morale n'échappe pas à cette tendance. Le phénomène de multiplication et de diversification des groupements, qui tend à faire l'exception du modèle de société institué par le Code civil, n'est rien d'autre que la conséquence du souci manifesté par le législateur contemporain, de faire de la personnalité morale un instrument destiné à répondre à de nouveaux besoins économiques et sociaux, comme à de nouvelles entreprises (3).

Il est frappant à cet égard de constater combien certains secteurs de l'économie, traditionnellement incorporés dans des institutions individualistes, s'ouvrent aujourd'hui aux techniques sociales. Il suffit d'être attentif à l'évolution suivie par le droit de l'agriculture (4) ou par celui des professions libérales pour s'en convaincre (5).

(2) Cf. *supra*, introduction.

(3) RIPERT et ROBLOT, Tome I, n° 1643 ; Citons à titre d'exemple, *Les sociétés d'assurance et de capitalisation*, Décret-loi du 14 juin 1938. *Sociétés d'investissement*, Loi du 22 décembre 1960. *Les sociétés immobilières*, Loi du 16 juillet 1971. *Les sociétés civiles faisant publiquement appel à l'épargne*, Loi du 31 décembre 1970, n° 70-1300.

(4) SAVATIER, *Métamorphoses*, précité, *op. cit.*, p. 210, n° 535. — DE JUGLART, *Une agriculture de groupe*, in Mélanges Savatier. — FERTÉ et LEPARGNEUR, *Les sociétés d'exploitation agricole*, D. 1949, ch. p. 157, Sur les groupements spécifiques agricoles ; *Les Coopératives agricoles*, Décret du 4 janvier 1959 ; *Sociétés d'intérêt collectif agricole*, Décret du 5 août 1961 ; *Groupements d'exploitation agricole en commun*, Loi du 8 août 1962.

(5) BODIN, *Sociétés civiles professionnelles d'Avoués*, Rev. Soc. 1970.381. — Jean et Maurice CADIOU, *Les sociétés civiles professionnelles d'huissiers*, Rev. soc.

Mais pour être source de dynamisme et d'efficacité, la personnification des groupements emporte des suites logiques qui ne sont pas toujours conformes à l'utilité recherchée. L'avantage devient alors inconvenient. On y remédie en assouplissant et en altérant les conséquences de principe normalement attachées à la personnalité morale qui perd ainsi son unité; si bien que la diversité des groupements, déjà consacrée par la variété des formes, s'accompagne encore de la variabilité des effets de celle-ci.

Davantage commandée par sa fonction, que par son être, l'architecture de la personnalité morale, présente dès lors un aspect multiforme, à travers de laquelle apparaîtra inégalement la personnalité des associés. Ce que signifie la notion de transparence dont les contours restent cependant flous et imprécis.

Toutefois, malgré cette diversité, il paraît possible de dégager des axes communs à certains groupements, à partir desquels s'ordonnera le fonctionnement de la société, et indirectement on déterminera la teneur du droit des associés.

Aussi bien l'examen des manifestations de transparence de la personnalité morale (Section I) permet-il de tenter de formuler un principe de variabilité (Section II).

SECTION I

LES MANIFESTATIONS DE LA TRANSPARENCE DE LA PERSONNALITE MORALE

73. — Initialement on admettait que la prise en considération des associés derrière l'écran de la personnalité morale obéissait à deux genres de préoccupations :

- d'une part, estimait-on, des impératifs propres à un ordre juridique, commandaient que soient écartées certaines de ses conséquences. Il en était ainsi toutes les fois qu'était concerné, directement ou indirectement, l'intérêt supérieur de l'Etat;
- d'autre part, dans certains cas limités et anormaux, afin de renforcer la sécurité du commerce juridique, on élargissait le champ des responsabilités individuelles.

Cette analyse demeurait liée à une vision classique de la personnalité juridique, que l'on ne concevait pas autrement que toujours

1970.435. — MABILAT, *Le nouveau statut des Commissaires aux comptes*, Rev. Soc. 1970.65 et s. — TERRÉ, *Les sociétés civiles professionnelles* (commentaire-loi n° 66.879 du 29 nov. 1966), J.C.P. 1967, éd. not., n° 2103 ; *L'exercice en commun de la profession de notaire*, J.C.P., éd. not., 1970.2302 et du même auteur, *La révision de la loi sur les sociétés civiles prof.*, J.C.P. 1973.II.25.54. — Jeanne de Poulpiquet, *La responsabilité civile et disciplinaire des notaires*, L.G.D.J. 1974, p. 240 et s.

égale à elle-même. Sa remise en question était donc considérée comme étant l'effet de facteurs extérieurs, ce qui conférait au phénomène un caractère non seulement exceptionnel, mais encore pathologique. La transparence était donc dépourvue de signification, quant à l'évolution du principe même de personnalité morale. Mais cette vue des choses n'est plus satisfaisante.

74. — Assurément, elle est encore de nos jours illustrée en matière de nationalité des sociétés, mais exclusivement.

Sans évoquer ici le débat qu'alimente traditionnellement en doctrine cette question (6) et dont l'objet dépasse le cadre de nos recherches, il nous paraît toutefois opportun de rappeler succinctement les éléments du problème afin de mesurer l'évolution suivie par l'idée de transparence.

On sait que la règle est que la société a la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel se trouve son siège (7). Et cependant, quelques exemples nous sont offerts où ce critère est rejeté au bénéfice de celui du contrôle, la société ayant la nationalité des associés qui maîtrisent son capital (8). A quoi cela tient-il ? Avant que d'aller plus avant, une remarque doit être faite.

Il convient de distinguer la nationalité — *stricto sensu* — de la société, et le statut juridique auquel elle sera soumise (9). Il est vrai, ces deux notions se chevauchent mais ne se recouvrent pas exactement. Précisons : selon la terminologie de Niboyet, la nationalité suppose un double lien d'allégeance juridique et politique (10).

Or, le premier n'implique pas nécessairement le second, qui, lui, se présente comme le véritable lien de nationalité, c'est-à-dire qu'il renferme un ensemble de droits et d'obligations qui constitue la citoyenneté.

(6) LOUSSOUARN, *Les conflits de loi en matière de société*, Thèse Rennes, 1949. — PILLET, *Les personnes morales en droit international privé*, 1914. — BATIFFOL, *Droit international privé*, édit. 1967, n° 152 et s. — NIBOYET, *Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ?* R.D.I.P. 1927, p. 402. — Joseph FROSSARD, *Un vide législatif : la nationalité des sociétés*, D. 1969, chr. pp. 9 et 15.

(7) Cass. 24 déc. 1928, S. 1929.I.121, Rapport du Conseiller BRICOURT, note NIBOYET^o; Cass. 17 juillet 1930, D.P. 1930.I.163, note CAMERLYNCK, S. 1931.I.4 ; art. 3, loi du 24 juillet 1966.

(8) Pour ce qui concerne le droit visant les sociétés ennemies en temps de guerre : Circulaire du 29 février 1916, Rev. Crit. de D.I. 1916.364, et l'application jurisprudentielle : Req. 27 mai 1921, Gaz. Pal. 1921.2.206 ; Cf. également art. 297 du Traité de Versailles et la doctrine favorable : PEPPEY, *La nationalité des sociétés*, Paris, 1920.240. Il faut encore citer ici l'application de cette théorie aux sociétés ayant une activité de service public largement entendue ; cf. notamment Loi du 19 oct. 1919 sur les concessions d'énergie hydraulique ; Loi du 12 nov. 1933 sur les sociétés concessionnaires de service public ; Loi du 3 janv. 1967 sur la navigation maritime.

(9) PAILLUSSEAU, *La Société Anonyme, Technique d'organisation de l'entreprise*, p. 57.

(10) NIBOYET, II.750 et s., 761 et s., *adde* LUCHAIRE, in *La personnalité morale et ses limites*, op. cit., p. 168.

Or, si le siège d'une société permet de déterminer la réglementation dont elle relèvera, il ne saurait lui conférer la nationalité dans l'acception plénière de ce terme, qui ne peut viser que des personnes physiques.

Il est significatif à cet égard que l'article 3 de la loi du 24 juillet 1966 dispose : « que les sociétés dont le siège social est situé en territoire français, sont soumises à la loi française ». Plus évidente encore, apparaît la dissociation entre la norme juridique et la sujétion politique, dans la proposition des Communautés Européennes au Conseil de l'Europe, portant statut d'une Société anonyme européenne (11).

On peut ainsi concevoir que dans un avenir relativement proche, coexisteront des sociétés soumises au droit national, et d'autres au régime européen, sans pour autant que ces dernières soient proprement « européennes », la reconnaissance de la nationalité dépendant de la souveraineté étatique.

« La nationalité, a-t-on légitimement remarqué, exprime le lien de droit par lequel un Etat souverain s'attache un individu, comme membre de la population qui le constitue. Tel ne peut être le cas de la société » (12). D'ailleurs, la jurisprudence les fait échapper au Code de la nationalité (13). Aussi, lorsque se trouvent être concernés les intérêts supérieurs de l'Etat, compte tenu des circonstances politiques, ou de l'activité à caractère service public largement entendue, déployée par une entreprise donnée, on délaisse le critère du siège social pour recourir à celui de contrôle.

Il s'agira alors moins de déterminer la nationalité du groupement que celle de ses membres. Autrement dit, d'impératifs externes particuliers découlent des solutions exceptionnelles.

75. — Mais peut-on étendre ce raisonnement à l'ensemble des phénomènes de transparence ? Nous ne le pensons pas. C'est l'évolution de la personnalité morale en elle-même qu'il faut considérer. En tant qu'elle est devenue un procédé technique destiné à répondre à un objet donné (14). C'est dans celui-ci que la logique de son fonctionnement, et donc de son étendue, prend sa source. *C'est à l'intérieur même du concept que se trouvent les causes de sa variabilité.*

Les phénomènes de transparence ont perdu leur caractère *subversif*, ils s'inscrivent dans une sorte de dynamique juridique du réel. Si bien qu'ils n'obéissent pas toujours aux mêmes raisons ni ne présentent les mêmes traits suivant les groupements.

(11) Rev. Soc. 1972, n° 1, Le projet en lui-même, p. 73 et s., et les commentaires doctrinaux par MM. GLEICHMEL et CATALA, spéc. Section IV, p. 25, n° 30 et s.

(12) RODIÈRE, *Droit commercial, Groupements commerciaux*, p. 25, n° 18, Dalloz, éd. 1971.

(13) Tribunal des conflits, 23 nov. 1959, D. 1960, p. 223.

(14) DAVID, Rapport général in *La personnalité morale et ses limites*, p. 3 et s. — VASSEUR, *Cours de droit commercial*, 3^e année, Paris, 1972-73, *Les cours de droit*, Paris.

Ils sont multiples et supposent les mêmes variations que celles de la personnalité morale dont ils sont le contraire et le symétrique. Assurément, la qualité de l'ordre juridique dans lequel s'épanouit la personnalité morale n'est pas sans incidence sur l'ampleur de sa remise en question. Mais ce n'est là qu'un fait secondaire, n'affectant pas le principe dans son essence, comme le révèle l'étude successive des phénomènes de transparence en droit fiscal tout d'abord, en droit civil et commercial ensuite.

Sous-Section I

TRANSPARENCE DE LA PERSONNALITE MORALE ET DROIT FISCAL

76. — Les hypothèses de transparence sont fort nombreuses en droit fiscal (15).

En établir une liste exhaustive, irait au-delà des limites de cette étude, mais surtout, ne répondrait pas à son vœu qui est de tenter de retrouver la signification du principe de personnalité morale, en mesurant le degré d'individualisme que renferme le système auquel elle a donné naissance. Certes, il faudra donner quelques exemples mais à seule fin de tenter de dégager les raisons des solutions retenues.

1° Parfois, la reconnaissance juridique de la personnalité morale est sans effet en droit fiscal; le groupement n'en est pas sujet. Ainsi il échappera à l'impôt sur les sociétés, si bien que ce seront les associés, qui directement seront frappés au titre de l'impôt sur le revenu.

Il en va ainsi non seulement des sociétés de personnes, mais encore, d'un grand nombre de personnes morales de droit privé (16). De la même façon, la cession des parts sociales ne donnera pas lieu à la perception de droit réduit (17) mais sera assujetti à un régime identique soit à celui de la cession à titre onéreux de droits indivis (18) soit à celui d'une vente immobilière (19).

2° D'un autre côté, alors même que la personnalité morale est reconnue par le droit fiscal, elle ne développe pas toujours les mêmes conséquences. Leur force variera en fonction, et du sort de la per-

(15) C'est lui le premier qui emploie cette terminologie dans la loi du 15.3.1963, n° 63-254, sur le régime fiscal des sociétés civiles immobilières.

(16) S.A.R.L. de caractère familial qui ont pu opter entre 1955 et 1957 pour un régime de sociétés de personnes; Société immobilière de copropriété régie par la loi du 16 juillet 1971; Groupements d'intérêt économique de sociétés d'investissement qui assurent la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières SICOMI.

(17) Art. 727-I du Code général des Impôts. Ce droit réduit est de 4,80 %.

(18) C'est le cas pour les sociétés de personnes.

(19) Société immobilière d'attribution, loi du 16 juillet 1971.

sonnalité morale, et de la réalité présumée qui transparaît de la forme sociale adoptée. Deux points méritent l'attention à ce sujet, parce que significatifs : l'imposition des rémunérations d'associés dirigeants, et la fiscalité des groupes de sociétés.

Le fait que les dirigeants de société détiennent une part souvent importante du capital, et dans le même temps apportent leur activité à la gestion de l'entreprise, conduit le législateur fiscal à diversifier le régime applicable aux rémunérations qu'ils reçoivent. Cette diversité procède du jeu conjugué de la nature de la rémunération et de la forme sociale.

Selon que la transparence de la société sera plus ou moins soutenue, la notion de salaire fiscal aura tendance à s'effacer. L'associé en nom étant, comme l'entrepreneur individuel, imposé au titre des bénéfices industriels et commerciaux. De telle sorte que si certaines rémunérations perçues par les dirigeants de sociétés seront assimilées à des salaires (20), d'autres, au contraire, échapperont à cette assimilation. A l'intérieur même de cette seconde catégorie, le titre en vertu duquel ces sommes seront versées appellera un régime particulier.

Tantôt, les rémunérations seront considérées comme des revenus de capitaux mobiliers (21), tantôt, comme bénéfices des professions non commerciales, parfois enfin comme bénéfices industriels et commerciaux (22). Ce sera le cas pour les rémunérations de gérant majoritaire de sociétés à responsabilité limitée.

On le voit, c'est le caractère effectif et réel de la maîtrise du patrimoine social, par le dirigeant de la société, qui commande le régime fiscal des bénéfices distribués aux associés. Il semble donc que, suivant que cette maîtrise sera plus ou moins intense, l'autonomie de la personnalité morale par rapport à ses membres sera plus ou moins marquée.

C'est en recourant à cette même idée que l'on peut expliquer l'originalité du droit applicable en la matière au groupe (23) de sociétés.

(20) Il en va ainsi des rémunérations allouées au Président du Conseil d'Administration et aux membres du directoire des sociétés anonymes de type nouveau, également aux gérants minoritaires de société à responsabilité limitée.

(21) André VÈNE, *La rémunération des administrateurs de société anonyme*, Journal « Le Monde » du 11 mars 1972.

(22) Article 62 du Code général des Impôts.

(23) Sur la fiscalité des groupes de sociétés, VERDIER, *Concentrations économiques et droit des sociétés*, in Mélanges Hamel, 1961, p. 213 et sp. p. 221 et s. — AUSSEDAI, *La vie de l'entreprise*, Groupe de sociétés, 64^e Congrès des notaires de France, 1966.I, p. 149. — A. PETITPIERRE, SAUVAIN, *Droit des sociétés et groupes de sociétés*, Etudes suisses de Droit européen, Genève, 1970. — GUELOT, *Apparition et évolution de la notion de groupe en droit fiscal*, J.C.P. (c.i.), 1969.87.102. — JADAUD, *L'imposition des groupes de sociétés*. — VANHAECKE, *Les groupes de sociétés*, L.G.D.J., 1962.

La notion de contrôle y domine (24) d'autant plus que les participations reçoivent en droit fiscal une définition sensiblement plus large qu'en droit commun.

Afin d'éviter une dualité d'imposition lourde et injuste, la loi fiscale « dépassant le cadre restreint de la société contrôlée, tend parfois à prendre en considération l'unité économique que constitue le groupe de sociétés » (25). C'est ainsi que les dividendes, distribués par les filiales à la société mère ayant déjà supporté l'impôt, seront déductibles du bénéfice imposable de cette dernière (26).

Il y a donc unité d'imposition alors qu'on est en présence de deux sociétés juridiquement distinctes. Cette unité a encore des incidences au stade de la distribution par la société mère à ses propres associés des dividendes perçus de ses filiales. Ces revenus étant exonérés de l'impôt sur les sociétés, il y aura lieu à un versement d'un précompte compensatoire, qui, lui-même, sera annulé par l'avoir fiscal dont bénéficie la société mère en sa qualité de porteuse de parts des sociétés filiales.

De ce régime de faveur, il ressort que la transparence de la personnalité morale se présente comme le moyen d'atteindre un plus grand dynamisme des entreprises en favorisant l'essor des groupes de sociétés.

Mais, inversement, elle peut permettre de déjouer les fraudes que faciliterait l'apparente indépendance des sociétés d'un même groupe. C'est par la remise en cause des effets de la personnalité juridique, que l'on fait échec et aux évasions fiscales dans le cadre des groupes de sociétés à filiales étrangères et encore en matière de taxe sur le chiffre d'affaires, aux moyens mis en œuvre pour réduire l'assiette de l'impôt (27).

Il importe, toutefois, de remarquer ici avec un auteur « que la prépondérance du groupe ne conduit pas à une subjectivisation du groupe lui-même, mais seulement à une prise en considération du groupe à travers la personne morale de la société mère » (28).

77. — S'il est aisé d'expliquer ces solutions par les nécessités pratiques et par l'empirisme du droit fiscal, il est plus délicat de les justifier au regard des règles habituellement admises dans le cadre du droit de la personnalité morale.

Dans une perspective classique, on a invoqué cumulativement deux séries d'arguments. On y a vu d'abord l'illustration de la théorie de

(24) VANHAECKE, *op. cit.*, p. 365.

(25) VANHAECKE, référence ci-dessus.

(26) Encore que la déduction ne porte pas sur l'intégralité du montant des dividendes reçu par la société mère, puisqu'elle ne peut porter que sur le montant net des dividendes, soustraction faite d'une quote-part de 7,50 %.

(27) Cf. ici art. 2 du Décret du 11 mars 1964 sur la taxe à la valeur ajoutée, J.C.P. 1964, IV^e partie, 29.934.

(28) VERRUCOLI, *op. cit.*, p. 161.

la fiction. L'Etat qui concède la personnalité morale, ne pourrait se la voir opposer, ce serait illogique et dangereux. Le fondement du pouvoir souverain de l'Etat interdit que ses intérêts supérieurs soient mis en péril par une construction purement artificielle (29).

On a encore eu recours à la théorie dite de l'autonomie du droit fiscal (30). Les principes fondamentaux qui gouvernent la détermination et le recouvrement de l'impôt, sont inspirés par l'idée que l'on est en présence d'une relation Etat/individu. Et dès lors ces principes appellent des techniques de mise en œuvre ainsi que des modes de raisonnement originaux (31).

La jurisprudence se libère en matière fiscale des définitions que lui propose le droit privé. Sa démarche intellectuelle est plus *pragmatique*, plus concrète; et ce, dans l'intérêt de l'Etat. Elle méconnaît les situations juridiques pour n'appréhender que des états de fait (32).

Ces arguments nous paraissent avoir perdu de leur force, ne serait-ce que parce que toutes les hypothèses de transparence fiscale ne sont pas favorables à l'Etat.

Relevons ici, à titre de rappel, qu'il arrivera que ne soit pas perçu le droit de mutation au moment de l'apport en société puisque la loi du 12 juillet 1965 écarte, dans une certaine mesure, la théorie de l'apport conditionnel (33).

Mais encore il ne semble plus que le droit fiscal se détache avec autant de netteté du droit privé. Nous l'avons constaté, celui-ci, de plus en plus, se voit modelé par la recherche des réalités, au-delà des apparences juridiques. De sorte qu'il faut désormais voir dans cette finalité, non plus un facteur de divergence entre droit fiscal et droit commun, mais un élément de rapprochement.

Peut-on encore, à l'heure actuelle, parler d'autonomie du droit fiscal ? La réponse doit être nuancée.

La direction que suit le droit commun est identique désormais à celle empruntée par le droit fiscal. La pensée juridique est devenue plus attachée au réel et s'affranchit de l'absolutisme des concepts classiques dont la pureté n'est pas exclusive de danger. On assiste curieusement alors à un « ajustement » du droit privé sur le droit fiscal.

Il n'est pas suffisant de le constater, il faut en rechercher les causes. L'impératif de protection de l'intérêt général qui fonde l'origi-

(29) D'ailleurs la capacité variable des associations ne participe-t-elle pas de cette même idée.

(30) TROTABAS, *Les rapports du droit fiscal et du droit privé*, D.H. 1926, chr. 29.

(31) TROTABAS et COHERET, *Finances publiques*, Dalloz, éd. 1964, p. 487 et s., voir sp. n° 275, n° 277.

(32) Cf. cependant conclusions Corneille, D.P. 1922.3.34.

(33) DAVID, rapport général, in *La personnalité morale et ses limites*, p. 16.

nalité du droit fiscal, et plus généralement des rapports juridiques avec l'Etat, semble s'étendre aux rapports de droit privé. La protection plus effective des créanciers, le développement sans cesse recherché dans une économie libérale de l'épargne, laquelle est envisagée dans une perspective dynamique (34), appellent simultanément la création de moyens juridiques de sauvegarde, puissants et véritables.

Ils passent par un renforcement des prérogatives dont disposent les particuliers, pour évincer les anomalies d'une logique juridique trop rigoureuse, et destinée à permettre une approche toujours plus précise des situations de fait aménagées par le droit.

A la limite, on pourrait affirmer que dans le droit privé moderne tout intérêt particulier est porteur d'un germe d'intérêt général ou plus précisément tend à s'assimiler à lui.

On peut donc dire qu'il y a, à l'heure actuelle, *unité* dans la source créatrice de nouvelles techniques de droit; elle a pour effet d'harmoniser les raisonnements juridiques en détruisant les cloisonnements établis par le droit classique. Simultanément, elle renverse les données traditionnelles. On admettait auparavant, *l'unité intrinsèque des concepts juridiques dans la diversité des branches du droit*. Seuls, l'autonomie et le particularisme de celle-ci pouvaient expliquer la remise en cause des concepts. Il en va différemment aujourd'hui.

Il faut reconnaître désormais la diversité intrinsèque des concepts au sein des ordres juridiques dont les caractères ont tendance à s'uniformiser.

Cette remarque, il est vrai, doit être tempérée.

Le particularisme du droit fiscal subsiste encore et le nier serait inexact, mais il joue seulement le rôle d'un « accélérateur » dans la transformation des institutions. L'intérêt général qui y est immédiatement perçu explique des solutions plus tranchées. Il est plus dilué en droit privé, mais il n'empêche que la différence de modalité dans la modification des notions juridiques, ne doit pas cacher que droit privé et droit fiscal participent désormais de façon générale de la même nature.

Il suffit, pour s'en convaincre et pour rester dans le domaine qui nous retient, de porter le regard sur le courant qui traverse actuellement notre droit de la personnalité juridique et dont l'effet est de la remettre en question, aux seules fins d'assainir les relations juridiques de droit privé.

(34) Sur ce point, CATALA, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, R.T.D. Civ. 1966, p. 185. — BOULOC, *La vente à crédit*, Cahier de l'entreprise, 1972, n° 2.

Sous-Section II

LA TRANSPARENCE DE LA PERSONNALITÉ MORALE
EN DROIT CIVIL ET COMMERCIAL

78. — Ici, *ab initio*, une observation s'impose. Si le droit privé connaît une grande variété de situations dans lesquelles la personnalité morale ne dresse pas un écran d'une totale « opacité » entre elle et ses membres (35), il serait inexact de les interpréter chacune comme étant à proprement parler une manifestation de la remise en cause de la personnalité morale. A la vérité, elles répondent à des données de nature profondément différente.

Sous l'apparente unité du phénomène, qui se traduit par la prise en considération de la personnalité des associés et de leurs droits, au-delà de celle du groupement, coexistent deux sortes de réalités contraires.

Tantôt, on se trouve en présence d'un groupement qui, pour être doté d'une personnalité juridique dont l'effet interne est d'opérer une substitution du système, reste dominé par l'individualisme classique. Dans ce cas, la prise en considération de l'associé, au-delà de la société elle-même, est de principe. Elle est, certes, à des degrés divers, *permanente* et, *a priori*, elle touche tous les membres (paragraphe 1).

Tantôt au contraire, la personnalité de la société étant par trop achevée, il s'agit d'en déjouer les effets. Cette seconde situation implique seule une authentique remise en question de la personnalité morale. Elle est fondée sur un *nouvel individualisme, né de la perfection du système collectif*. Elle a, dans ces conditions, un caractère exceptionnel, en ce sens, qu'elle ne concerne que ceux qui sont investis des pouvoirs destinés à assurer la dynamique de ce système. Elle marque donc l'apparition d'un certain *individualisme « actif »* (paragraphe 2).

Encore faut-il préciser que cette distinction n'est pas, en fait, aussi tranchée, car elle subit l'effet de la conception contemporaine de l'individualisme qui domine l'ordre juridique, et qui substitue à une vision essentielle du sujet de droit, une vision plus existentielle;

(35) Sur la transparence de la personnalité morale, voir notamment HAMEL, *La personnalité morale et ses limites*, D. 1949, chr. p. 141. — HOUIN, *Le problème des fictions en droit civil*, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome III, 1948, p. 242 et s., et sp. p. 244 ; Institut de droit comparé de l'Université de Paris. Ouvrage collectif : *La personnalité morale et ses limites*, Paris, 1960, sp. le rapport de DAVID, p. 3 et s., et sp. de J. FOYER, p. 113 et s. — C. JAUFFRET, *La transparence civile et la protection des associés, d'une société de construction*, J.C.P. 1967.I.2065. — VERRUCOLI, *Il superamento dalla personalità giuridica*, Milan, éd. Giuffrè. — PAILLUSSEAU, *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise*, sp. p. 52 et s.

aussi, on peut percevoir les signes d'une harmonisation de certains traits de la personnalité morale, laquelle paradoxalement et simultanément se diversifie.

C'est que, si d'une part, l'on multiplie les mesures assurant un plus grand dynamisme au groupement lui-même, d'autre part se manifeste le déclin de l'absolutisme du principe de personnalité morale, par le renforcement de la responsabilité des dirigeants et la recherche d'une plus grande utilité.

§ 1. — Hypothèse de transparence de principe.

79. — Il est des groupements personnifiés où l'opacité qui voile la personne des membres est par essence peu dense.

Il en va ainsi des sociétés civiles particulières, des sociétés civiles professionnelles, des groupements d'intérêt économique (36), des sociétés civiles d'attribution. Bien que chacun de ces types de personnes morales aménage des situations ayant une originalité propre, et que, par conséquent, il soit impossible de ramener leur régime à un cadre unique, il faut convenir qu'un trait commun les caractérise : la survie de l'individualisme commun dans l'ordre collectif.

80. — Les sociétés de construction fournissent à cet égard un exemple particulièrement éloquent (37).

On sait qu'avant la loi du 28 juin 1938 notre droit n'offrait à la construction d'immeuble en copropriété, que des cadres juridiques insuffisants (38). La pratique palliait ces carences par des techniques plus ou moins habiles mais toujours insuffisantes à permettre l'édification d'immeuble collectif dans les meilleures conditions juridiques, et à organiser la copropriété qui en résultait (39).

On recourait, il est vrai, aux mécanismes sociaux, mais « la validité de ces sociétés était contestable du fait que le but lucratif de l'entreprise, caractéristique de la société de type classique, était absent » (40). En outre, le financement de l'opération se heurtait à des difficultés multiples : réticence des organismes de crédit à l'égard de sociétés dont la validité pouvait être discutée, impossibilité d'augmenter les engagements sociaux au sein des sociétés à responsabilité limitée et

(36) BURST, *Une Personnalité morale ambiguë : La Personnalité morale des G.I.E.*, J.C.P. 1976.I.2783.

(37) D'autres groupements offrent un visage sensiblement identique : groupements d'intérêt économique, sociétés civiles de moyens.

(38) CHEVALLIER, Commentaire de la loi du 28 juin 1938, D. 1939, IV^e partie, p. 73. — HEBRAUD, A propos d'une forme particulière de copropriété. *La copropriété par appartement*, R.T.D. Civ. 1938, p. 22.

(39) Edith KISCHINEWSKY-BROQUISSE, *Statut de la copropriété des immeubles et sociétés de construction*, Lib. techn., 1958, p. 23 et s., n° 21 et s.

(40) Edith KISCHINEWSKY-BROQUISSE, *op. cit.*, p. 25, n° 22.

des sociétés anonymes. La création d'un nouveau type de société, par le législateur de 1938, fut donc bienvenue.

Il ne nous appartient pas, au stade où nous nous trouvons présentement, d'analyser le particularisme du mécanisme de ces sociétés, car il procède des prérogatives originales qui sont reconnues à leurs membres. Mais ce qu'il importe de souligner d'ores et déjà ici, c'est qu'elle se caractérise par une limite importante apportée aux effets de la personnalité morale, et ce, à seule fin d'atteindre leur vocation, celle de faciliter par l'ordre collectif, l'accès à la propriété individuelle.

Il y a donc une antinomie latente et permanente entre *l'objectif assigné à ces sociétés, et le fait sociétaire lui-même*.

Cette antinomie se cristallise lorsque la jurisprudence, directement ou indirectement, se pose le problème de la détermination de la nature du droit des associés. On a justement remarqué à cet égard : « qu'un certain malaise naît de l'équivoque de la situation dans laquelle se trouve le porteur de parts ou d'actions d'une société de construction : c'est fondamentalement un associé, mais par certains côtés, il emprunte les traits du propriétaire, ou plus exactement, du copropriétaire et, psychologiquement, il se considère souvent comme tel, mieux encore dans certaines circonstances, c'est la loi elle-même qui, par fiction, entend considérer notre associé comme propriétaire de son appartement. Faut-il s'étonner ensuite que certains jugements fassent mal le départ entre la situation de l'associé, et celle du copropriétaire (41) ? »

Il y a donc conflit entre la nature affirmée du droit des associés et sa structure; face à ce conflit, les tribunaux vont se voir contraints de sauvegarder le principe de l'autonomie du patrimoine de la société, qui seul permet la réalisation de l'entreprise de construction, en même temps qu'ils doivent prendre en considération le renforcement du lien qui unit le patrimoine de l'associé au patrimoine collectif. Ils ne peuvent atteindre ce double objectif qu'en faisant de la personne morale des sociétés de construction une personne morale aux effets émoussés.

81. — Bien que les difficultés soient d'un autre ordre, car il s'agit d'un groupement intégré, plus homogène, alors que le précédent se distinguait notamment par l'indépendance de ses membres, c'est dans une perspective identique qu'il convient de se placer lorsqu'on essaie de dégager l'originalité des sociétés de personnes.

Historiquement, on constate ici que l'état de groupement préexiste à la reconnaissance de la personnalité morale. On sait que les rédacteurs du Code civil ne s'étaient pas même posé le problème de la

(41) Jean-Pierre SORTAIS, note sous Cass. 3^e Civ., 15 mai 1970 ; Aix-en-Provence, 23 déc. 1970, Rev. Soc., 1971, p. 588, *adde* Trib. de Commerce de Corbeil, 10 juil. 1970, A.J.P.I. 1971.499 ; R.T.D.C. 1971.393, n° 7, obs. SAINT-ALARY, J.C.P. 1971.II. 16.819, note Guillot.

personnification de la société civile, et que la jurisprudence a longtemps hésité avant de la consacrer (42).

A vrai dire, elle fut pendant longtemps considérée comme une forme d'indivision d'un type particulier, dominée par l'idée d'entreprise commune.

De nos jours, elle subit encore puissamment le poids de cette idée. C'est la raison pour laquelle des auteurs ont avec raison relevé les analogies qui pouvaient exister entre les sociétés civiles particulières et certaines formes d'indivision, et cela d'autant plus que l'indivision elle-même se transforme, acquiert parfois une sorte de pérennité, qui commande que lui soit conférée l'organisation nécessaire à maintenir dans son intégrité et dans sa valeur la masse indivise.

Cette organisation n'est pas éloignée de celle qui résulte de la reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés de personnes.

Il est vrai que nous ne partageons pas, pour les raisons que nous avons exposées plus haut, l'opinion émise par un éminent auteur, et suivant laquelle : « Utile pour discerner la portée réelle de l'autonomie patrimoniale des sociétés de personnes, qui ne saurait être parfaite en raison du maintien de la propriété collective des associés, la théorie de la propriété collective est nécessaire pour dégager l'organisation des sociétés des solutions abusives auxquelles conduit une conception trop vigoureuse de la personnalité morale des sociétés... Un rôle doit être réservé à la personnalité de la société dans cette organisation. On ne s'étonnera pas des conséquences des insuffisances de cette organisation de la plupart des indivisions au regard de la société. Mais peut-être n'est-il pas impossible d'y remédier, car *les principes d'organisation de la société et de l'indivision sont identiques* » (43).

Mais il ne fait pas de doute que la société civile des articles 1832 et suivants du Code civil soit encore soumise (44) à une logique empreinte d'une vision classique de l'individu. Aussi comprend-on mieux, de ce point de vue, leur transparence latente et permanente.

82. — Les sociétés commerciales par intérêt, quant à elles, ont offert jusqu'à une époque récente une image sensiblement identique. Si bien que là encore, on a pu contester l'authenticité de leur personnalité juridique. Et il est vrai que les effets de celle-ci étaient et demeurent encore fort étroits dans leur portée.

Il est instructif de se rapporter à ce sujet, aux anciens auteurs qui estimaient que dans le silence de la convention de société, il fallait présumer que les associés avaient apporté à la société non pas la

(42) DELHAY, *La nature juridique de l'indivision*, p. 354, n° 233 et s.

(43) DELHAY, *op. cit.*, pp. 444 et 445.

(44) Voir cependant projet de loi portant réforme des articles 1832 et s. du Code civil.

propriété de la chose mais son simple usage (45). Dans le même sens, on faisait valoir que plusieurs systèmes juridiques étrangers se montraient défavorables à la personnalité morale des sociétés par intérêt; et l'on pouvait ajouter qu'à l'intérieur même de notre système positif, le droit fiscal la méconnaissait.

Techniquement, la démonstration s'appuyait principalement sur l'obligation personnelle des associés en nom au passif social. C'était le signe le plus tangible de la confusion quasi complète qui existait entre le patrimoine social et le patrimoine des associés, et par là même de l'impossibilité de reconnaître la personnalité juridique aux sociétés par intérêt.

Ces arguments ne devaient pas cependant emporter la conviction. Et de fait, dès avant la loi du 24 juillet 1966, les sociétés par intérêt étaient titulaires avec certitude de la personnalité morale bien qu'elle fut imparfaite, parce que très peu libérée de la situation personnelle des associés. Son existence se manifestait notamment par la nécessité d'une mise en demeure de la société, préalable à la poursuite du patrimoine des associés; d'où l'on tirait son indépendance juridique (46). Qu'en est-il après la réforme du droit des sociétés?

Il ne fait plus de doute que les sociétés par intérêt comme les autres sociétés commerciales, soient dotées de la personnalité juridique (47). Mais ce qui paraît fondamental, c'est que cette personnalité se soit parachevée.

Dans son désir de renforcer la vitalité des sociétés commerciales, le législateur de 1966 a réorganisé leur structure, leur assurant une plus grande stabilité et, par là même, a affirmé leur autonomie.

Nous ne pensons pas toutefois qu'il faille considérer avec certains auteurs qu'en matière de société commerciale, la notion de personnalité morale est unitaire «comportant toujours les mêmes aspects et les mêmes conséquences, les sociétés par intérêt ayant une personne morale identique à celle des autres formes de sociétés» (48).

Il semble, au contraire, qu'un des traits dominant du droit contemporain de la personnalité morale, soit de conférer à la notion un

(45) Code de Commerce annoté in « Code Français annoté » par TEUILLET D'AU-
VILLIERS et SULPICY, art. 18 et 19 du *Code de Commerce*, p. 11, n° 126, Librairie
Videcoq, Paris, 1856. De même, l'idée de propriété collective n'était pas non plus
totalement absente des sociétés en commandite par action comme cela ressort d'un
arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 1848 rendu en matière d'enregistrement et
aux termes duquel « les actions représentatives du droit à la concession et à l'ex-
ploitation d'un chemin de fer, ayant un objet matériel en pays étranger, doivent
être réputées situées en pays étranger, S. 1849, J.P. Cas., p. 448 et s. « Aff. des
chemins de fer de Naples ».

(46) Sur cette analyse, voir DERRIDA, *De la nature juridique des sociétés par
intérêt depuis la loi du 24 juillet 1966*, Mélanges Audinet, p. 46, n° 6, et les notes
15, 16 et 17.

(47) Article 5 de la loi du 24 juillet 1966.

(48) DERRIDA, *ibidem*, note 1, p. 47, n° 7.

contenu variable; mais ce n'est pas dire non plus que les sociétés par intérêt n'aient pas changé quelque peu de nature.

Certes, la plus grande partie des règles les gouvernant auparavant sont demeurées inchangées. La responsabilité des associés y est aussi étendue, mais *cette identité des techniques ne doit pas voiler la différence de fondement qui se trouve à son origine*. Car on ne saurait les détacher de l'ensemble des autres dispositions nouvelles qui régissent les sociétés en nom.

A la vérité, la « transparence » qui les caractérise de nos jours, procède désormais autant d'une imperfection de la personnalité morale que de sa remise en question véritable. C'est tout autant *l'idée de propriété collective dégénérée qui explique la prise en considération des associés, que celle de contrôle* (de maîtrise) qui participe d'une toute autre logique.

Elle implique en effet, à certains égards, une plus grande intensité de la personnalité morale, et d'un autre côté sa remise en cause à partir d'un constat : la personnalité morale peut être un véritable « objet de droit », elle est, *de fait*, un instrument susceptible à ce titre d'être maîtrisé.

Le droit du maître de l'affaire, nous le verrons, est d'une autre qualité que celui du propriétaire. Il est moins *absolu*, plus *mouvant*, mais aussi *d'une plus grande force économique* (49). On peut dire véritablement que les effets traditionnels attachés à la personnalité morale sont battus en brèche et sont altérés.

C'est le même processus que l'on retrouve au sein des sociétés de capitaux, certes de façon exceptionnelle.

§ 2. — Hypothèse de transparence exceptionnelle.

83. — Il est classique de considérer les sociétés de capitaux comme des personnes juridiques dans le sens le plus complet (50). L'analyse est juste.

La nature du droit de l'associé, bien qu'irréductible aux classifications traditionnelles, se rapproche sensiblement d'un droit de créance, au moins en ce qui concerne quelques aspects de son régime. D'un point de vue externe, la personnalité morale est le moyen le plus élaboré pour diluer les responsabilités personnelles. Mais de nos jours, les principes ont subi de notables aménagements, et dès lors les conséquences qui leur sont attachées doivent être nuancées (51).

(49) CHAMPAUD, thèse précitée, p. 105 et s., et n° 104 et s.

(50) BERTRAND, *De l'ordre économique à l'ordre collectif*, op. cit., p. 170.

(51) VEAUX, *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales*, Rennes, 1947 ; adde, *La responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales et la notion juridique d'entreprise*, Jurisclasseur social, 1947 ; adde J. AUDINET, *Personne morale et personnes physiques dans les sociétés commerciales*, Thèse Aix, 1950 (dactylographiée).

Là encore, la personnalité morale n'opère plus le cloisonnement hermétique que l'on évoquait autrefois. La doctrine moderne l'a signalé à plusieurs reprises.

Cependant, il reste intéressant de déterminer les étapes de la remise en cause de la personnalité morale. Ce qui frappe alors, c'est qu'initialement « pathologique », reposant sur l'idée de fraude (A), elle est devenue de nos jours plus systématique, et découle de la signification nouvelle qu'il convient de donner à la personnalité morale (B). Celle-ci est davantage *envisagée comme étant un instrument susceptible de transformer les droits patrimoniaux, que comme la personification parfaite d'une communauté*. Elle doit être examinée, tout autant, sous l'angle du droit des biens que sous celui du droit des personnes (52).

Il n'est pas illogique que les phénomènes de la transparence, qui traduisaient autrefois uniquement l'absence d'une véritable communauté sociale, soient aujourd'hui attachés à l'avènement d'une notion nouvelle, celle de « *contrôle* ».

A. — LA PHASE CLASSIQUE :

UNE REMISE EN CAUSE A CARACTÈRE PATHOLOGIQUE, CONSÉQUENCE DE L'ABSENCE DE COMMUNAUTÉ SOCIALE.

84. — « Il ne faut pas, écrit le doyen Chauveau, que sous le couvert d'une raison sociale, une personne puisse accomplir des actes, ou jouir de droits, qu'elle ne pouvait accomplir, ou dont elle ne devait pas jouir individuellement; c'est pourquoi, dès qu'il s'agit d'apprécier l'activité d'une société, il ne paraît pas possible de la dissocier des membres qui la composent et qui la dirigent » (53). C'est à partir de la responsabilité des dirigeants sociaux et de ses conséquences en cas de faillite de la société, que l'on a dégagé les principes directeurs de l'abus de la personnalité morale.

Avant que le législateur ne vienne les fixer, la jurisprudence les a énoncés dans deux hypothèses distinctes :

Dans la première, un associé a créé fictivement la société pour s'en servir comme un masque : il n'y a pas de centre d'intérêt distinct, la personne morale est purement artificielle, voire, elle n'a jamais existé.

Dans la seconde, si la société recouvre bien à l'origine un centre d'intérêt distinct, un associé s'en est emparé au cours de la vie sociale et l'a détourné de sa trajectoire initiale (54).

Dans les deux cas, l'absence ou la disparition d'une réelle autonomie de la personnalité morale conduisait à prononcer la faillite de

(52) PAILLUSSEAU, thèse précitée, p. 17 et s.

(53) CHAUVEAU, note sous Alger, 5 mai 1926, D. 1927.143.

(54) NOIREL, *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*, Lib. Techn., 1958, p. 233, n° 321-322.

l'associé qui avait tenté de se cacher derrière cette illusion de personnalité juridique (55).

Cette jurisprudence avait trouvé sa consécration dans le décret-loi du 8 août 1935, qui apportait à l'article 437 du Code de commerce, un paragraphe ainsi conçu : « En cas de faillite d'une société, la faillite pourra être déclarée commune à toute personne qui sous le couvert de cette société, masquant ses agissements, a fait dans son intérêt personnel, des actes de commerce et disposé en fait des capitaux sociaux comme des siens propres. »

Cette innovation législative, importante dans son principe (56), ne faisait en réalité que traduire l'esprit des décisions antérieures, qui demeurait, quant à lui, très profondément attaché au caractère exceptionnel de la situation envisagée et à la nécessité d'établir l'existence d'un comportement frauduleux à l'encontre des administrateurs sociaux.

Dans ces conditions, on ne peut parler de transparence de la personnalité morale puisque la réalité de celle-ci n'a jamais existé. « La personne morale n'est alors qu'un masque inerte et passif, il n'y a qu'un homme et qu'un patrimoine, le sien » (57). Or, la théorie de la transparence ne se développe exclusivement que sur le terrain de la personnalité morale et suppose que soit achevé valablement le processus de sa création. La théorie de la société fictive se situe, au contraire, quant à elle, sur le terrain contractuel.

Il y a simulation du contrat constitutif, ou, lorsque la société a été annexée par un associé, le contrat est devenu sans cause. Dans tous les cas, il n'y a qu'apparence de société, il n'y a pas réalité sociale.

(55) Req. 29 juin 1908, 1^{re} partie, I.233, note PERCEROU, « qu'en réalité les opérations sociales masquaient ses opérations personnelles, qu'il résumait à sa seule personne la société sous le couvert de laquelle il se livrait à des opérations de commerce ou de bourse pour son propre compte ».

Req. 9 février 1932, S. 1932, p. 177 (qui le premier évoque la notion de maîtrise de l'affaire bien que la liant à un comportement frauduleux).

Dans le même sens : Cass. 1^{er} février 1954, J.C.P. 1954, n° 8084. Com. 23 mars 1955, B.C. III, n° 114. Com. 4 janvier 1956, B.C. 1956.III, n° 6. Cass. Com., 9 nov. 1957, Bull. Civ. n° 380, p. 332, 13 juil. 1959, Bull. civ. III, n° 429, p. 374, R.T.D. Co. 1960.632 obs. HOUIN, Com. 7 mars 1972, Rev. Soc. 1973, p. 339, note SORTAIS. Voir également la jurisprudence visant la main-mise d'une société sur une autre, Cass. Req. 13 mai 1929, S. 1929.I.289, où la Cour considère que les sociétés filiales comme de simples agences. Plus récemment, la Haute Juridiction qualifiait les filiales de « simples rouages » reprenant ainsi les termes employés par M. GÉCOUR, in « Des conditions auxquelles est subordonnée l'indépendance de la personnalité d'une société par action et de celle de son principal actionnaire. » Rev. Soc. 1933, p. 388. Citant JANJN, *Les sociétés en participation au point de vue économique*, 1928, p. 166 et s.

(56) On a pu dire que ce texte touchait au fondement même plutôt qu'à la forme du phénomène social, VERRUCOLI, *op. cit.*, p. 158.

(57) PERCEROU, note sous Req. 29 juin 1908, D. 1910.233. Voir cependant *contra* ROUSSEAU qui estime que l'on ne simule pas la création d'une société ; la société dépasse la volonté des individus qui la créent. Les formalités exigées par la loi ont-elles été réalisées, la société est constituée quelles que soient les intentions des fondateurs et le but poursuivi par eux. Note S. 1929. Première partie, 289.

Il est vrai que la mise en œuvre de ce texte supposait une démarche un peu différente selon que l'on se trouvait en présence de l'une ou l'autre de ces deux hypothèses.

La « prise de contrôle » se trouvant à l'origine de l'extension de la faillite, ne pouvait être ramenée au simple fait pour une personne physique ou morale, associée ou non, administrateur ou non, d'influer directement ou indirectement sur le sort de la société, dans le respect et par le jeu des dispositions légales, et plus généralement des règles juridiques constituant le droit de la personnalité morale (58), elle supposait, en outre, le non-respect de la règle du jeu.

Le caractère répressif du texte fondant les poursuites, appelait alors la preuve d'un élément complémentaire et manifestant plus qu'un simple contrôle, un pouvoir sur l'être social ne comportant aucune restriction ni réserve.

Les tribunaux entreprenaient de le rechercher, soit dans la preuve d'une « confusion des patrimoines » (59) qui est un critère subjectif et plus psychologique que proprement juridique, soit dans le fait pour une société associée d'une autre de se livrer à une ingérence dépassant ses droits (60) ou d'avoir créé à l'égard des tiers l'apparence de l'unité de personne morale en dépit de la diversité organisée juridiquement.

Il faut retenir de cette analyse, que la jurisprudence, comme le législateur, prisonniers de l'idée d'identité de contenu de la personnalité juridique des personnes morales et des personnes physiques, ne se résignaient à en combattre les effets, qu'en face de situations profondément anormales, laissant percevoir une utilisation sinon frauduleuse, du moins non conforme à la finalité de la technique.

D'ailleurs, ne peut-on dire qu'il y a usage abusif d'un concept juridique, dès lors que l'on mène jusqu'à sa dernière limite sa logique interne, évinçant ainsi par la lettre de la loi qui l'a créé, l'esprit qui l'a inspiré et qu'on l'éloigne de sa finalité réelle (61).

Certes, l'utilisation abusive de la personnalité morale est-elle de nos jours encore source de responsabilité de celui qui est à son origine; cela ne souffre guère de discussion (62).

(58) PERCEROU cité par VANAECCKE, *op. cit.*, p. 25, donne la définition suivante du contrôle dans le groupe de sociétés : « la réunion sous des influences dominantes de plusieurs sociétés, cette domination s'exerçant selon des modalités juridiques empruntant au droit des sociétés ».

(59) Paris, 15 novembre 1938, S. 1939.II, p. 12, 8 octobre 1963, Bull. Civ. III, n° 347, p. 337, R.T.D. Co. 1964.391, obs. HOUIN, 30 juin 1964, Bull. Civ. III, n° 342, p. 296 R.T.D. Co. 1965, obs. HOUIN, Com. 9 octobre 1967, D. 1968.137, Bull. Civ. III, n° 397.

(60) Paris, 10 novembre 1944, S. 1944, tables p. 63.

(61) JOSSELAND, *Mobiles*, n° 167.

(62) Article 101 de la loi du 13 juillet 1907 qui a en outre élargi les dispositions du décret de 1935 puisqu'il vise désormais tout dirigeant de personne morale, ce qui étend son domaine au-delà du seul droit des sociétés, mais encore qui per-

Mais son caractère exceptionnel, découlant nécessairement d'un comportement juridique aberrant par rapport aux règles gouvernant la personnalité morale, suffit à le démunir de réelle portée au regard du sens même qu'il convient de donner à la personnalité morale.

B. — L'ÉTAT DU DROIT POSITIF :
UNE REMISE EN CAUSE SYSTÉMATIQUE,
CONSÉQUENCE DE L'AVÈNEMENT DE LA NOTION DE CONTROLE.

85. — Plus riches d'enseignements, nous paraissent être les dispositions plus récentes délimitant l'étendue de la responsabilité des dirigeants sociaux en l'absence de situation frauduleuse (63).

On sait que la loi du 16 novembre 1940 a ouvert la possibilité de faire supporter le poids du passif social par le patrimoine des dirigeants, lorsque dans le cadre d'une procédure de concours, il se révèle supérieur à l'actif. Cette possibilité vise désormais toute personne morale de droit privé ayant un *objet économique*.

Autrefois attachée à la preuve d'une faute dans la gestion, cette procédure en « comblement d'actif » repose de nos jours sur l'existence d'une présomption de faute (64). Il appartiendra au défendeur de rapporter la preuve de la bonne qualité de son administration. Il est inutile d'insister sur la portée pratique de cette disposition dont les vertus permettent une meilleure garantie des créanciers, mais sont encore préventives.

En revanche, les conséquences théoriques méritent que l'on s'y arrête.

Une première observation doit être faite : la remise en cause de la personnalité morale perd son caractère « pathologique », elle devient plus objective, et semble de ce fait participer plus étroitement de la notion même de personnalité morale.

Sans doute, la loi du 13 juillet 1967 ne réserve l'application de ce texte qu'aux dirigeants de personnes morales de droit privé ayant un *objet économique*, ce qui semble indiquer que le régime de la personnalité morale subit les effets du milieu dans lequel elle se développe, et surtout que la notion de contrôle qui constitue le fon-

met l'extension de la liquidation des biens et du règlement judiciaire, alors que ce dernier point faisait l'objet de controverses antérieures. Cf. Com. 25 octobre 1961, J.C.P. 1961.II.12397, note NECTOUX.

(63) Loi du 24 juillet 1966 : article 54, Sociétés à responsabilité limitée ; articles 248 et 249, Sociétés anonymes, repris et modifiés par la loi du 13 juillet 1967 reprenant elle-même les solutions déjà affirmées par la loi du 16 nov. 1940 : art. 4 et 5 pour les sociétés anonymes, et introduites dans le cadre des sociétés à responsabilité limitée par le décret du 9 août 1953. Loi du 13 juillet 1967 : article 99.

(64) Sur ce point, voir : Jean-Pierre BERDAH, note sous Aix, 21 avril 1971, D. 1972, p. 164.

dement de la responsabilité, a un contenu variable suivant les personnes morales en présence desquelles on se trouve.

Or, c'est précisément à cette notion qu'il faut recourir à notre sens, pour tenter de déterminer la nature de la responsabilité encourue dont on verra la profonde originalité.

Il existe un lien étroit entre cette responsabilité et la maîtrise du patrimoine social (65). Les dirigeants de personnes morales à caractère économique, seront recherchés, moins en ce que cette qualité implique une fonction, mais en ce qu'elle fait présumer la titularité d'un droit original : le *droit de contrôle* (66). En d'autres termes, la responsabilité aménagée par ces textes, réprime non un comportement de pur fait condamnable, mais l'exercice fautif d'un droit.

86. — Bien que la notion de contrôle soit au centre du droit des sociétés contemporain, la recherche de son contenu juridique laisse apparaître la plus grande incertitude : le concept est flou, fluide, car il se trouve aux confins du fait et du droit, et dès lors a suscité, quant à sa définition, une controverse doctrinale dont les répercussions pratiques ne sont pas négligeables.

1° On a vu d'abord dans le contrôle, un pouvoir lié à l'organisation de la société. C'est ainsi que l'on a pu l'analyser, opposant le contrôle financier au contrôle directorial, comme la « maîtrise des assemblées » pour le premier, comme la « maîtrise du Conseil d'administration » pour le second (67).

Dans la pénétrante étude qu'il consacra à la protection des minorités au sein des groupes de sociétés, René Rodière synthétisait cette conception en envisageant le contrôle comme étant : « le pouvoir de dicter ses décisions à l'organe de faux commandement de la société contrôlée, et parce qu'ils ont ce pouvoir, ils (ceux qui détiennent le contrôle) peuvent, en fait (ce n'est pas un droit de propriétaire), disposer des biens de la société dominée » (68).

De ce point de vue, le contrôle s'identifierait à un pouvoir, engendrant à la charge de son détenteur, une responsabilité de type « politique ». Il faut considérer l'autorité qui en découle « comme une fonction dont l'exercice est défini par la loi » (69).

(65) RIPERT, *Aspects du Capitalisme moderne*, 2^e éd., 1951, p. 120, n° 51 ; évoquant la loi du 4 mars 1943, l'éminent auteur écrit au sujet du Président-directeur Général, « elle lui donne une responsabilité qui est la rançon de ses pouvoirs », *adde* PAILLUSSEAU, thèse précitée, p. 53.

(66) CHAMPAUD, thèse précitée, v. p. 105 et s., n° 104, spécialement p. 156 et s., et n° 176.

(67) VANHAECKE, *op. cit.*, p. 28.

(68) RODIÈRE, *La protection des minorités dans les groupes de sociétés* (sur la proposition de loi 1055 du 9 avril 1970), *Rev. soc.* 1970, p. 243 et s., *sp.* p. 244, note n° 2 ; *adde* OPPETIT et SAYAG, *Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés*, *Rev. soc.* 1973.576, *Rev. soc.* 1974.514.

(69) Cf. J.-J. BURGEARD, secrétaire général de la Commission des Opérations de Bourse-Entretien avec le Journal « Le Monde » in « Le Monde », 13 juin 1972, p. 21.

Mais cette analyse reste trop attachée à l'état de groupement et à la définition démocratique de la société anonyme. A cet égard, on peut dire comme le suggère la loi qu'elle recouvre parfaitement les prérogatives accordées aux organes d'administration de personnes morales à objet non économique, mais elle ne tient pas compte de la situation complexe que l'on rencontre dans le cadre de société où *la dynamique du patrimoine social se présente comme le premier objectif*. La société anonyme n'est-elle pas « ce merveilleux instrument du capitalisme moderne pour collecter l'épargne, en vue de la fondation et de l'exploitation des entreprises » que dénonçait Ripert (70) ? Le pouvoir dans la société anonyme procède du capital. L'évaluation des apports en gouverne l'étendue. Il serait excessif de méconnaître le lien étroit qu'il implique avec le patrimoine de la société. C'est en termes de biens, tout autant que de personnes que se posent les problèmes.

C'est la raison pour laquelle on a proposé une autre définition dans laquelle le contrôle tend à être identifié à la propriété.

2° Mettant l'accent sur ce dernier aspect qui lui semble fondamental, un auteur a pu estimer que « le contrôle est le droit de disposer des biens d'autrui comme un propriétaire ». Contrôler une entreprise, c'est détenir le contrôle des biens qui lui ont été affectés, de telle sorte que l'on soit maître de diriger son activité économique. Contrôler une société, c'est détenir le contrôle des biens sociaux, de telle sorte que l'on soit maître de l'activité économique de l'entreprise sociale (71).

Cette définition est satisfaisante à plusieurs égards, notamment en ce qu'elle met en lumière un des traits dominants du droit de contrôle, à savoir la force du lien qui unit le patrimoine individuel de l'associé dirigeant au patrimoine social, mais il en découle un absolutisme et une plénitude de pouvoir qui n'est pas conforme à la réalité et aux solutions souhaitées par le droit positif.

3° En vérité, il est difficile de ramener le droit de contrôle à un cadre traditionnel, que l'on prenne pour référence la fonction ou le droit réel. Le contrôle est un droit d'une grande originalité, dont il faut rechercher la cause dans le fait qu'il procède d'un système collectif, reposant sur l'idée de valeur. Aussi, si le droit de contrôle renferme une relation *quasiment directe* avec le patrimoine de la société, il suppose également, de la part de son titulaire, une attitude active permanente, qui doit être guidée par l'intérêt collectif. Il se présente donc comme une sorte de droit patrimonial de type nouveau, considérablement plus puissant sur le plan économique que les droits subjectifs consacrés par l'ordre individualiste classique (72), mais sensiblement moins absolu, moins figé aussi, que ne le sont ces droits.

(70) RIPERT, *Les aspects du capitalisme moderne*, op. cit., p. 109, n° 46.

(71) CHAMPAUD, thèse précitée, p. 101.

(72) CHAMPAUD, *ibidem*, p. 143 et s., n° 154 et s.

87. — L'insuffisance des doctrines proposées provient de leur aspect unitaire. On met tantôt l'accent sur l'exercice du droit, tantôt sur sa structure. Or son particularisme procède d'une dualité qui le domine et qui oppose précisément son exercice d'une part, à sa structure, d'autre part, encore que chacun de ces éléments ait sur l'autre un effet réciproque.

a) *Quant à son exercice*, l'idée qui le gouverne est que la maîtrise des biens sociaux qu'il postule doit être utilisée conformément à la finalité qui lui est assignée : l'intérêt collectif (73). Il n'est pas illogique alors que ce soit en droit des sociétés, que l'on ait assisté à l'essor de la théorie de l'abus de droits et plus loin encore du détournement de pouvoirs, car il s'agit d'un droit « causé » (74). C'est sous cet angle qu'il importe de considérer le déclin de l'absolutisme majoritaire et le renforcement de la responsabilité civile et pénale (75) des dirigeants sociaux à l'égard des membres du groupement.

Et c'est dans la même perspective que s'inscrivent les mesures tendant à éviter que la transmission du droit de contrôle par la cession d'un bloc d'actions d'une société cotée, soit d'un montant supérieur (76) à la valeur intrinsèque et boursière de chacune des actions; la mise en œuvre d'une réglementation spécifique n'est-elle pas le signe de l'existence d'un droit différent des « maîtres de la société » au regard du droit de l'associé minoritaire ? Cela tient à sa structure.

b) *Quant à sa structure*, au contraire, il est porteur d'un faisceau de pouvoirs qui lui confère une nature voisine de celle d'un droit réel. Entendons, nous avons précédemment relevé que la personnalité juridique des personnes morales se distinguait de celle des personnes physiques par le fait que, attribuée au groupement à des fins exclusivement *utilitaires*, ces prérogatives pouvaient être dissociées les unes des autres, isolées et donc « objectivisées » selon les nécessités. Le droit de contrôle n'est rien d'autre que la *maîtrise légitime et selon les règles du droit des sociétés de la plupart des droits et prérogatives qui constituent la personnalité morale*. Il suppose par suite,

(73) J.-M. BERMOND DE VAULX, *L'usage de la notion de contrôle par le Conseil d'Administration ou le directoire dans les sociétés anonymes*, J.C.P. 1970.I.2366. — GÉCOUT, J. Soc. 1933, p. 385.

(74) NOIREL, *op. cit.*, p. 244 et s., n° 350 et s. — CHAMPAUD, *op. cit.*, p. 145, n° 161. — SCHMIDT, *op. cit.*, p. 139 et s., n° 187 et s. — CONTIN, thèse précitée, n° 773 et s. — LESOURD, *L'annulation pour abus de droit des délibérations de l'assemblée générale*, R.T.D. Co. 1962.1.

(75) Art. 437-3°, loi du 24 juillet 1966, *adde* TOUFFAIT, *Délits et sanctions dans les sociétés*, Sirey, 2^e éd., 1973, n° 241. — CHAMPAUD, *op. cit.*, pp. 146, 147 et s., n° 162, 163. — CONTIN thèse précitée, n° 615 et s.

(76) Arrêté ministériel du 6 mars 1973 (*J.O.* du 15 mars 1973, p. 2804), *adde* MERCADAL et JANIN, p. 200, n° 2575 ; *adde* Rapport C.O.B. 1971, p. 228 et s., et avis de la C.O.B., 27 février 1975, *J.O.*, 17 mars, p. 2912.

un lien quasi direct sur les biens collectifs. Il n'est pas dépourvu d'intérêt à cet égard de relever combien les textes récents ont élargi le pouvoir du Président-Directeur général et des administrateurs (77).

Sous ce dernier éclairage, le contrôle se trouve à l'origine de leur responsabilité à l'égard des tiers, lorsque la société se trouve en état de cessation des paiements. La responsabilité encourue repose certes, sur une analyse du comportement des dirigeants, mais non pas exclusivement.

La présomption de faute pesant de nos jours sur eux, est particulièrement significative à cet égard. Car ses racines sont doubles. Elle demeure attachée au constat de l'insuffisance d'actif qui laisse supposer une attitude fautive, mais elle ne saurait être totalement détachée du fait que les dirigeants ont une sorte de maîtrise quasiment directe des biens sociaux.

Ainsi, selon que l'on se situera dans le cadre des rapports internes ou externes au groupement, la responsabilité naissant du contrôle sera de nature quelque peu différente.

88. — La dualité de ce droit est d'autant plus aiguë que les solutions positives semblent traversées en la matière par deux courants contraires, mais qui sont amenés à se compléter : — renforcement des pouvoirs des responsables sociaux, — renforcement de la notion d'intérêt collectif.

Du premier, il découle un rapprochement plus marqué encore avec un droit réel (78). Du second, se trouve renforcé le caractère fondamentalement collectif de sa finalité. *On est donc en présence d'un droit à structure individuelle mais à finalité collective.*

Il est vrai, le clivage opéré entre structure et finalité ne peut être parfait. On ne peut détacher l'un de l'autre et ils exercent l'un sur l'autre une action indéniable. Ainsi, si le dirigeant du groupement doit utiliser les biens sociaux dans l'intérêt collectif, c'est avant tout parce qu'ils ne lui appartiennent pas, de la même façon et inversement la preuve de sa bonne gestion l'affranchira de la responsabilité qu'il encourt, mais ce ne sont là que des mécanismes modérateurs, jouant sur les dominantes que nous venons de tracer.

Il est remarquable, et assez paradoxal que ce droit de contrôle n'apparaisse dans toute son originalité, que dans un système collectif très élaboré : celui des sociétés anonymes ou celui des sociétés civiles faisant publiquement appel à l'Épargne; c'est-à-dire au sein de grou-

(77) MERCADAL et JANJN, *op. cit.*, n° 1141, et n° 1345 et s.

(78) C'est d'ailleurs dans cette perspective qu'il faut placer quelques décisions, qui bien que particulières n'en sont pas moins révélatrices. Il a été jugé que lorsque le nombre des associés était peu élevé, le gérant ayant cédé ses parts et se rétablissant en entrant dans une société dont l'objet était similaire commettait un acte de concurrence déloyale. Cour d'Appel, Nîmes, 1^{er} juil. 1933, D. 1934.II.49 — Alger, 1926, D. 1927.143, note CHAUVÉAU qui rattache la solution à la notion d'abus, art. 4, loi 9 janvier 1936.

pement où par hypothèse le droit d'associé est naturellement plus proche d'un droit de créance que d'un droit réel.

La raison en est dans le fait que le droit des associés, qu'ils soient dirigeants ou non, trouve sa source immédiate dans l'ordre spécial né de la personnalité morale. Il n'est donc susceptible d'être identifié ni à l'un ni à l'autre des droits classiques de référence, car il comporte des aspects appartenant aux deux.

Mais à l'intérieur de cet ordre, la quantité d'actions détenues par un associé peut exercer au-delà d'un seuil, d'ailleurs variable en fait, une influence qualitative sur sa situation.

C'est pourquoi, on a pu légitimement insister sur « l'hétérogénéité du groupement » (79) mais celle-ci ne concerne à vrai dire que le comportement et le but recherché par les associés (80) et ne saurait être étendue à la nature essentielle du droit, qui reste fondamentalement identique. Toute action renferme les mêmes virtualités.

Cette *diversité*, construite à partir d'un *principe unique*, dénonce à notre sens avec clarté l'existence d'un système juridique, presque totalement autonome, cela est d'autant plus vrai que les non-dirigeants ne sont pas dépourvus de moyens de surveillance sur les agissements de ceux qui détiennent le pouvoir de gestion.

Afin qu'elle ne demeure pas idéale, la responsabilité des maîtres de l'affaire doit pouvoir être mise en œuvre efficacement et dès lors s'appuyer sur une surveillance réelle et cela même si l'associé se trouve au sein d'une société elle-même élément d'un groupe; si bien que le législateur tend à multiplier les formes et les sources d'information des associés, sans tenir compte du cloisonnement juridique opéré par la personnalité morale des sociétés mères et filiales.

Car on ne peut manquer d'observer qu'une information portant sur l'activité de la seule société dont il est membre, est insuffisante à éclairer l'associé quant à la réalité de l'entreprise à laquelle il a lié son sort. Il ne faut pas se cacher que la maîtrise effective de la société mère implique la maîtrise au deuxième degré de la société filiale (81).

Il existe donc une sorte d'enchaînement inéluctable dans le mécanisme de transparence que l'on peut rattacher à une idée force : *lorsque l'intensité du lien qui unit le patrimoine social se vivifie, elle*

(79) PAILLUSSEAU, thèse précitée, p. 47 et s. — CHAMPAUD, *op. cit.*, p. 29, n° 29 et s.

(80) P.-L. RAYNAUD, *Psychologie scientifique et comportement des épargnants*, Banque, 1963, p. 83.

(81) Cf. VANHAECKE, *op. cit.*, p. 475. — HEURTEUX, *L'information des actionnaires et des épargnants*, Bibliothèque Droit commercial, Tome I, éd. Sirey, 1961, et sp. sur le bilan consolidé en Droit français et étranger, p. 174, n° 270 et s.; p. 199, n° 308 et s. — CONTIN, thèse précitée, n° 46, p. 175 et sp. n° 148 à 150. — RICHARD et VAYRENC, *Les bilans consolidés*. Encore que l'insuffisance de notre droit en cette matière soit souvent dénoncée. Cf. également certaines dispositions étrangères sur l'information dans les groupes de société. — Grande-Bretagne, Compare Act 1948, article 150. — Suède, Loi du 19 septembre 1944.

chasse les effets de la personnalité morale interne. Mais la nature de ce lien, quant à elle, n'est pas constante. Il procède, en effet, soit de la survivance d'un certain classicisme dans l'individualisme, soit de l'avènement d'un droit de type radicalement nouveau, annonçant la renaissance de la responsabilité individuelle à partir d'un nouveau fondement.

C'est de cette dualité que procède le principe de variabilité de la personne morale.

SECTION II

LA RECHERCHE D'UN PRINCIPE DE VARIABILITE

89. — Ainsi que nous l'avons relevé plus haut (82) traditionnellement, les limites que l'on avait pu apporter à la personnalité morale, comme la diversité des formes sociales, étaient motivées par des facteurs étrangers au concept lui-même.

Que la personnalité de certains groupements ne fut pas reconnue par le droit fiscal, et l'on en trouvait la raison dans l'autonomie de ce dernier. C'est encore par le particularisme des relations commerciales que l'on expliquait celui des sociétés de commerce au regard des sociétés civiles; et, la variété des formes de celles-là tenait principalement à l'étendue de l'engagement individuel de l'associé à l'égard des tiers (83).

Cette vue des choses s'est récemment, mais profondément modifiée. Autrefois, envisagée comme une *institution une et indivisible*, seulement altérée sous la pression d'impératifs externes, la personnalité juridique du groupement est de nos jours considérée comme un procédé technique conçu pour satisfaire des besoins multiples. Elle est source d'utilité.

C'est donc désormais à l'intérieur de cette notion que l'on doit entreprendre de retrouver les causes et au-delà, le sens de sa variabilité.

Assurément subsiste l'influence du milieu, sur le mécanisme de fonctionnement des personnes morales mais à partir d'un principe inversé. Car si cette influence est certaine et accentuée la variabilité, elle est cependant devenue accessoire, secondaire.

La question se pose alors aussitôt, de déterminer quels sont les *facteurs intrinsèques*, qui font que le système collectif né de la personnalité morale à effet novatoire, est plus ou moins perméable aux données de l'individualisme général.

(82) Cf. *supra*.

(83) NOCQUET, *Le critère de la dimension dans les sociétés commerciales*, Thèse Paris, 1967, p. 7.

Ils sont multiples, et ne sont pas toujours dotés d'une même énergie. C'est dire qu'il existe en quelque sorte des *paramètres de perfectibilité* de la personnalité morale, dont l'action inégale mais conjuguée a pour conséquence, de conférer aux personnes morales d'une même catégorie, un particularisme réel.

Certains d'entre eux jouent un rôle prépondérant, d'autres sont seulement dérivés des précédents. En simplifiant quelque peu, il est cependant possible de les regrouper à l'intérieur de deux séries de rapports aux effets combinés (paragraphe 3) : — d'une part, le rapport finalité/objet (paragraphe 1), — d'autre part, le rapport forme/dimension (paragraphe 2).

§ 1. — Le rapport finalité/objet.

90. — C'est, désormais, autour de la réalité de l'entreprise sociale que gravitent l'ensemble des règles gouvernant l'étendue et le fonctionnement de chacune des personnes morales. Cette réalité se trouve au point de conjonction de la finalité de celle-ci avec son objet.

Rappelons que la finalité légale, dont nous avons, au début de cette étude, tenté de dessiner les contours (84), doit s'analyser comme constituant d'une certaine manière, la raison d'être d'un groupement et être envisagé, par conséquent, comme la cause de l'adhésion de de ses membres (85).

Elle détermine donc la « flexibilité » des effets de la personnalité morale (86).

Or, il se fait que toutes les personnes morales dotées d'un effet novatoire, ne tendront pas au même but. Il est vrai que toutes organiseront une entreprise, savoir une activité collective à caractère économique, mais le résultat visé par elle pourra être fort différent selon les cas.

Tantôt, il s'agira pour les participants à l'entreprise commune et par cette entreprise, d'accéder à un droit dont les utilités seront voisines de celle d'un droit subjectif de type classique et parfois même à ce droit lui-même (87). Ici, la fin assignée à la personne morale, est de favoriser par le collectif l'épanouissement de l'individualisme général.

Tantôt, au contraire, c'est l'acquisition d'un droit radicalement nouveau dans sa totalité, qui sera poursuivie, droit généralement

(84) *Supra*, introduction.

(85) Certains auteurs estiment que l'objet social largement entendu (c'est-à-dire à notre sens la finalité) constitue la cause de leur obligation : HAMEL et LACARDE, n° 446. — HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité des sociétés*, 7^e éd., Tome I, n° 83.

(86) SORTAIS, *Cours de droit commercial*, Licence III, Faculté de Droit de Nice, 1971-1972, Polycopie, p. 34.

(87) Sociétés immobilières d'attribution.

dominé par la recherche de bénéfice et par sa valeur. Là le système collectif engendre un individualisme original (88).

Enfin, il arrivera que certaines personnes morales cherchent simultanément à atteindre l'un et l'autre de ces objectifs, l'accent pouvant toutefois être mis sur le premier ou le second (89).

De chacune de ces finalités, procèdent deux facteurs sans doute secondaires, mais dont il ne faut pas négliger l'importance, d'autant plus que leurs effets se cumulent : celui du *degré d'indépendance des membres* d'une part, celui de la *durée* de l'autre.

On observe en effet, que tout naturellement si les groupements, dont la finalité est de permettre à leurs adhérents d'acquérir un droit aux prérogatives entièrement nouvelles, sont des groupements « intégrés » — intégration d'autant plus prononcée que l'action collective aura vocation à durer —. Au contraire, au sein des personnes morales envisagées principalement comme un moyen d'accéder aux utilités d'un droit subjectif traditionnel, et au-delà de prolonger les forces du patrimoine de leurs membres, subsiste entre ces derniers, une grande indépendance, que soulignera encore le caractère éphémère de l'entreprise collective.

91. — Au sein des sociétés coopératives, dont la forme est la traduction fidèle de la finalité, la situation de l'associé permet de vérifier cette remarque. Elle est singulière par la double qualité qu'elle lui confère, et ce, quelle que soit la nature de l'activité de la société. « Pour éliminer le profit capitaliste, relève en ce sens M. Saint Alary, la société coopérative exige de ses membres qu'ils assument eux-mêmes les fonctions d'intermédiaires qu'elle entend remplacer. Cette suppression des intermédiaires est une des caractéristiques économiques de cette société, la plus fréquemment signalée. Il est tout aussi intéressant de constater au regard du droit, qu'elle se traduit pour l'associé de la coopérative, par l'exercice d'une double fonction : d'un côté, l'associé est apporteur de capital et entrepreneur; de l'autre, il est utilisateur de services ou consommateur des produits procurés par la société » (90).

Aussi bien, la condition individuelle du coopérateur est-elle dominée par cette dualité. L'action de l'entrepreneur n'ayant de signification que par rapport au droit acquis par le tiers. Indépendamment du fait que l'on peut tirer de cette dualité un argument supplémentaire au soutien de l'analyse, qui tend à démontrer que dans les sociétés de droit commun, la qualité d'associé ne peut se

(88) Sociétés anonymes, sociétés civiles faisant publiquement appel à l'épargne.

(89) Groupements d'intérêt économique qui favorisent l'activité individuelle de ses membres. — BURST, *op. cit.*, *Personnalité morale*.

(90) SAINT-ALARY, *Éléments distinctifs de la société coopérative*, R.T.D. Co. 1952, p. 485, sp. n° 7 et s., p. 489 et s. Dans le même sens, COUTANT, *L'évolution de l'esprit coopératif*, Reims, 1950, p. 179.

confondre avec celle de tiers, il est encore intéressant de relever, qu'elle exprime bien la réalité collective « non intégrée » de la coopérative, que l'on doit d'abord considérer comme un procédé collectif d'accession individuelle aux utilités d'un droit classique.

A l'évidence, découleront de ce fait un certain nombre de conséquences juridiques précises.

A la vérité, « le dédoublement fonctionnel » ainsi aménagé, n'est pas, par la nature des choses, parfait. Il subsiste, entre chacune des qualités de l'associé un lien qui est à l'origine de droits et d'obligations particulières, notamment comme l'a justement écrit R. Saint Alary « l'excédent, à l'encontre du bénéfice, ne sert pas à rémunérer sous forme de dividende les parts ou actions représentatives du capital, au prorata du nombre de parts ou actions possédées par chaque associé, mais est versé aux sociétaires, proportionnellement au nombre et à l'importance des opérations qu'ils ont effectués avec la société » (91).

L'idée que la société coopérative n'est pas *une fin* mais *un moyen* explique donc pour une grande part, les traits originaux de son fonctionnement.

Sans doute, la philosophie coopérative exerce-t-elle également une influence déterminante qui se manifeste par le recours à des règles normalement applicables aux associations (92) mais elle n'affecte pas ou peu le contour du droit du sociétaire.

Ce qu'il y a de remarquable c'est que le dédoublement des qualités contenues dans la technique coopérative a été étendu à un grand nombre de groupements personnifiés. Il n'est que de penser aux sociétés immobilières d'attribution aux sociétés civiles professionnelles de moyens, aux groupements d'intérêt économique ou aux groupements d'intérêt agricole pour le constater.

L'exactitude commande que cette observation soit nuancée, ne serait-ce que parce qu'aucune de ces personnes morales n'est empreinte d'un idéal communautaire, et que ce dédoublement, n'est pas, dans ces hypothèses, aussi parfaitement consacré qu'il l'est dans les sociétés coopératives, l'utilisation des biens et des services ne résultant pas d'un contrat distinct, mais étant contenu dans le droit lui-même (93). Il n'empêche que fondamentalement le mécanisme reste le même. La différence de régime auquel chacun d'eux est assujetti s'explique non pas par leur finalité qui leur est commune, mais par leur objet.

(91) SAINT-ALARY *op. cit.*, p. 494, n° 17.

(92) Notamment la faculté donnée à la société de procéder à l'exclusion de l'associé dans certaines circonstances, voir CAILLAUD, *L'exclusion de l'associé des sociétés*, Bibliothèque Droit commercial, Sirey, 1966.

(93) Sur la société de construction, v. notamment LOMBOIS, *La construction de l'immeuble urbain*, in *L'immeuble urbain à usage d'habitation*. Ouvrage collectif sous la direction de J. CARBONNIER, sp. p. 39 et s.

92. — Bien que l'on s'accorde à considérer que la notion d'objet social est de « l'essence d'une société » (94), il demeure pourtant difficile de la cerner.

C'est qu'elle est susceptible de recevoir plusieurs définitions qui sont à l'origine d'autant de concepts juridiques parfois voisins, mais toujours différents (95).

On ne saurait, bien évidemment, dans le cadre de cette étude, et dans la démonstration entreprise, s'arrêter sur son sens contractuel qui limite la notion à la « fourniture des apports que chacun s'est engagé à mettre dans le fonds commun » (96) ni l'identifier à la recherche des bénéfices (97), car il s'agit là uniquement de la finalité commune à certains groupements et non pas de leur objet à proprement parler.

C'est d'ailleurs une différence de nature qui sépare finalité et objet social. L'une est abstraite, l'autre est concret. L'objet social procède en effet de l'activité économique effective de la personne morale. Mais cette dernière approche doit encore être précisée.

S'il est vrai que « par objet social il faut entendre le genre d'activité de la personne morale, la nature des opérations où elle va chercher la source de ses bénéfices » (98), il est également exact d'ajouter que ce terme désigne encore, à l'intérieur de ce genre d'activité, celles particulières à laquelle se livre une société donnée telle qu'elle est définie dans ses statuts.

L'objet général contient donc des objets spéciaux. Or, si ces derniers jouent un rôle déterminant lorsqu'il importe de déterminer le champ d'action de la personne morale, et au-delà les pouvoirs de ses représentants (99), en revanche, c'est au premier qu'il faut se référer pour appréhender la teneur réelle du droit d'associé, et pour trouver les raisons des traits spécifiques de son régime.

Un exemple éclairera cette analyse. Les éléments essentiels du droit des membres de toute société coopérative sont identiques, mais le contenu de ce droit sera différent selon que l'on se trouvera en présence d'une société coopérative de production ou de consommation, et plus précisément encore d'une société coopérative agricole par exemple, ou d'une société immobilière d'habitation.

De nombreuses autres comparaisons auraient de la même façon fourni de bonnes illustrations. Que l'on cherche les causes des carac-

(94) LYON-CAEN, Note sous Cass. civ., 2 juil. 1899, Sirey, 1900.I, p. 6. — Cf. également PAILLUSSEAU, thèse précitée, p. 160. — CORDONNIER, *L'objet social*, D. 1952, p. 171 et s. — LEJEAND, *Remarques sur l'objet social*, 1958, p. 272. — CHAPUT, *La notion d'objet social*, Thèse Clermont-Ferrand, 1973.

(95) PAILLUSSEAU, thèse précitée, p. 160.

(96) CORDONNIER, *op. cit.*, p. 172.

(97) CORDONNIER, *op. cit.*, p. 172.

(98) CORDONNIER, *ibidem*.

(99) PAILLUSSEAU, *ibidem*. — CORDONNIER, *ibidem*. — COULONBEL, thèse précitée, p. 325 et s.

téristiques qui distinguent le droit d'associé d'une société civile professionnelle de moyens de celui de l'adhérent d'un groupement d'intérêt économique, et on les trouve principalement dans l'objet de ces personnes morales, et non pas dans leur finalité.

93. — Mais une précision doit être apportée à ce sujet. L'action qu'exerce l'objet social sur le droit d'associé, est variable suivant que le groupement n'est pas ou est au contraire intégré (100).

Dans la première hypothèse, elle est prépondérante; l'entreprise sociale ayant pour vocation de favoriser l'accès aux utilités d'un droit classique, sa réalité économique commandera celle du droit d'associé.

Au sein des groupements dont la finalité suppose l'intégration, il en va autrement. Ici dans le principe, les utilités foncièrement originales du droit d'associé, resteront constantes quel que soit le genre d'activités de la société. Il est en quelque sorte plus abstrait, ce qui explique l'importance de sa valeur.

Encore que l'on ne puisse admettre cette analyse sans émettre les réserves que l'exactitude sollicite. De plus en plus, en effet, le législateur contemporain tend à prendre en considération l'objet de la société, pour lui appliquer les règles de fonctionnement appropriées et de la sorte, diversifier la condition individuelle de ses associés.

C'est à ce souci d'adaptation des principes du droit commun aux exigences d'un type d'activités économiques, que répondent, d'une part, les interdictions d'exploiter certaines affaires sous une autre forme que la société à responsabilité limitée ou la société anonyme (101), d'autre part, les dispositions propres au statut de certaines sociétés.

C'est ainsi qu'un auteur a pu justement relever que « l'objet des sociétés professionnelles a, en effet, la particularité de se confondre avec celle des associés » (102).

Il est clair, dès lors, que la forme sociale tend à devenir un instrument destiné à satisfaire les impératifs propres à une activité collective (103), et à protéger le droit de l'associé relativement à cette activité, en même temps qu'elle continue de traduire dans l'ordre juridique la dimension du groupement.

(100) Cf. *infra*.

(101) V. notamment Sociétés immobilières conventionnées, prévues par l'ordonnance du 21 septembre 1958. Sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie dont le statut est fixé par ordonnance n° 67-837 du 28 septembre 1967.

(102) BARDOUL, *L'apport en industrie dans les sociétés civiles professionnelles*, Rev. Soc. 1973.415.

(103) HEMARD, *Le problème des types de sociétés en droit français* (évolution et perspectives du droit des sociétés à la lumière des différentes expériences nationales), Giuffré, édit. Milan, 1968, Tome I, p. 319-354.

§ 2. — Le rapport forme/dimension.

94. — On a observé avec raison que : « expression d'une réalité vivante, la société ne pouvait se résoudre à une forme unitaire, aussi existe-t-il, une grande variété de types de sociétés » (104).

Quel est le sens de cette diversité ? La forme sociale constitue la manifestation de la vision qu'a le législateur d'un type d'entreprise collective, et des conditions et modalités suivant lesquelles cette entreprise doit naturellement être amenée à se développer (105).

Il est alors remarquable que la forme sociale établisse un lien entre la dimension du groupement et la situation des associés : « la plus ou moins grande prise en considération de leur personne suppose implicitement un rapport de dimension entre l'application des règles juridiques propres à telle forme de société, et la société constituée sous cette forme » (106).

Il reste à trouver l'origine de cette relation. Autrement dit, quelles sont les raisons qui font que la responsabilité des associés est d'autant plus étendue que la forme de la société à laquelle ils appartiennent, exprime la réalité d'un groupement de petite dimension ou inversement.

Plus précisément, comment se fait-il que tous les associés en nom soient tenus solidairement et indéfiniment des dettes sociales, alors que dans le principe l'engagement de l'actionnaire est limité ?

Classiquement, on explique ces différences en recourant à l'opposition groupement de personnes/groupement de capitaux : « ainsi société anonyme et société en nom ne concernent pas des entreprises de même nature, l'une s'adressait à un petit groupe se connaissant et désireux de s'associer en vue de réaliser des bénéfices, l'autre ayant pour objet un groupement de capitaux très importants répartis entre un grand nombre de personnes, la responsabilité solidaire et indéfinie des associés en nom était l'expression juridique des liens d'amitié qui les unissaient, alors que la limitation de responsabilité de l'actionnaire est la traduction en termes juridiques de la pensée de ceux qui ignorant tout de la personne de leurs nombreux coassociés, ont seulement entendu associer leurs capitaux afin d'en retirer des profits » (107).

(104) NOCQUET, *Critère de la dimension dans les sociétés commerciales*, Paris, 1967, thèse dactylographiée, cf. dans le même sens : SOLA CANIZARÈS, R.T.D. Co. 1950, p. 364.

(105) Sans doute la liberté laissée au fondateur d'adopter telle ou telle forme sociale peut-elle entraîner des distorsions entre fait et droit, mais il est à noter que l'on utilise de façon désormais classique des techniques susceptibles de réajuster l'un à l'autre ; au demeurant cette liberté a perdu sa plénitude. A titre d'exemple, signalons que les S.A.R.L. ne sauraient comprendre plus de 50 membres.

(106) NOCQUET, thèse précitée, p. 7.

(107) NOCQUET exposant la doctrine classique, *op. cit.*, p. 16.

Sans reconnaître à cette analyse l'absolutisme qu'on lui conférerait primitivement — puisqu'il est vrai que de nos jours quelques signes semblent indiquer une atténuation de la distinction sur laquelle elle repose (108) — il faut cependant admettre qu'elle demeure fondamentalement exacte, mais il paraît nécessaire de la prolonger et au-delà de dégager sa véritable signification.

95. — En effet, la forme sociale traduit moins la nature du lien qui unit les associés entre eux que celle du lien qui unit le patrimoine individuel de l'associé au patrimoine social. Entendons : dans les sociétés de personnes, l'*intuitus personae* implique non seulement que chacun des associés n'a accepté d'adhérer au groupement qu'en considération de la personnalité des autres, mais encore et surtout qu'il admet de se trouver avec ceux-ci dans une sorte « d'indivision productive ». Cette idée domine notamment la condition individuelle tout entière de l'associé en nom.

Parallèlement, mais en sens contraire, dans les sociétés par actions, l'importance des dimensions, au moins potentielles, du groupement, consacrées formellement, aura pour effet de distendre tant les relations entre associés, que le lien patrimoine individuel/patrimoine social.

Elle explique que leur structure soit complexe et hiérarchisée, mais elle éclaire aussi l'originalité du droit des actionnaires qui comporte plus de prérogatives « latentes » (109) qu'immédiates, et que l'on sauvegarde autant dans sa valeur que dans sa teneur.

Elle fait de lui un droit voisin à plusieurs égards d'un droit de créance. Les dispositions applicables exclusivement aux sociétés commerciales ou civiles faisant publiquement appel à l'épargne (110) — notion qui suppose le gigantisme du groupement — constitue un argument supplémentaire au soutien de cette démonstration.

La diversification des techniques de contrôle est un moyen de compenser l'absence de maîtrise du patrimoine social des associés non dirigeants. Que l'on ait d'ailleurs appliqué aux sociétés civiles faisant publiquement appel à l'épargne, un régime proche de celui auquel est subordonnée la société anonyme (111), révèle à cet égard de façon particulièrement éloquente que ce régime trouve son origine tout autant dans la nécessité « d'organiser l'entreprise », que dans celle

(108) NOCQUET, *op. cit.*, *passim*. — CAMERLYNCK, *L'intuitus personae dans les sociétés anonymes*, *passim*.

(109) BERMOND DE VAULX *Les droit latents des actionnaires*, thèse précitée.

(110) Sur cette notion cf. SORTAIS, Observations à propos de la définition des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, J.C.P. 1968.I.2194. *Adde* du même auteur, Répertoire des sociétés, Dalloz, V° S.A.

(111) BEZARD, *La réglementation des sociétés civiles autorisées à faire publiquement appel à l'épargne*, J.C.P. 1971.I.318, cf. également HOUIN, R.T.D. Co. 1971, p. 125 n° 3. — SAINT-ALARY, Obs. R.T.D. Co. 1971, p. 387, n° 2. — DE JUGLART, IPPOLITO, Tome II, pp. 322, 323, 767, 777 et s.

d'assurer une meilleure protection des associés dans des sociétés aux dimensions virtuellement importantes.

C'est précisément de la conciliation de ces deux impératifs complémentaires, qu'aménage la loi au sein de certaines personnes morales que naît un authentique système de valeur.

On le voit, la forme sociale, qui n'est que la transposition idéale dans l'ordre juridique de la taille d'une société, *concerne moins la personnalité des associés que la propre personnalité de celle-ci.*

Tandis qu'à la grandeur correspond une « opacité » intensifiée, à la petitesse est attachée une transparence latente. Dans cette matière, la forme assure le passage du quantitatif au qualitatif. La dimension se présente ainsi comme un facteur variable de la perfection du principe de personnalité morale et dès lors joue un rôle déterminant dans la diversité des personnes morales, ses effets seront associés à ceux du précédent rapport.

§ 3. — Le jeu conjugué des facteurs.

96. — Si nous avons inclus les différents « paramètres » de la personnalité morale dans deux séries de rapports apparemment distincts, ce n'est que dans un souci didactique; mais c'est dans une perspective dynamique que doit être appréhendée la réalité. Les différents facteurs conjuguent leur influence, d'ailleurs variable, selon les cas.

C'est ainsi que, si comme il a été dit plus haut, s'agissant de société à finalité non intégrée (112), c'est l'objet qui détermine directement les utilités économiques du droit d'associé, la forme sociale n'en conservera pas moins un effet certain bien qu'accessoire.

Le droit du candidat propriétaire dans une société immobilière d'attribution sera, par exemple, quelque peu différent selon que celle-ci aura revêtu la forme d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée. Au contraire, dans les sociétés à finalité intégrée, les termes de ce couple seront inversés.

C'est donc de la combinaison de l'action de ces facteurs internes que procède l'originalité de chacune des personnes morales, et *par là, celles des composantes, comme du régime des droits de leurs membres.*

Aussi bien en cet endroit encore, se vérifie l'observation déjà faite, selon laquelle si les caractères dominants des ordres juridiques ont tendances à s'harmoniser, leurs concepts en eux-mêmes se diversifient. Ainsi les distinctions traditionnelles s'estompent.

La *summa divisio* opposant les groupements civils aux groupements commerciaux, voit sa portée limitée et, en tout cas, si elle subsiste — les relations commerciales ayant aujourd'hui encore des exigences particulières — les différences qui en sont la conséquence

(112) Sur la distinction des sociétés intégrées et des sociétés non intégrées, v. *supra*.

ont, à notre sens, perdu de leur intensité. On a pourtant pu estimer qu'elles étaient de nos jours plus marquées encore qu'auparavant (113) mais il nous semble qu'il ne s'agit là que d'un décalage momentané qui est dû à l'attention privilégiée que porte le législateur contemporain à la réforme du droit commercial et qui n'a fait que retarder celle de certaines institutions civiles économiques. Plusieurs indices permettent de le penser.

Indépendamment du fait que les procédures de concours collectifs ont été étendues à toutes les personnes morales de droit privé (114), il n'est pas dépourvu de signification que les groupements d'intérêt économique obéissent aux mêmes règles, que leur objet soit civil ou commercial, et notamment pour ce qui concerne leur immatriculation au Registre du Commerce, mais encore que les sociétés civiles faisant publiquement appel à l'épargne soient dotées d'un régime voisin de celui des sociétés anonymes et qu'enfin le projet de loi n° 10-528 modifiant les articles 1832 et suivants du Code civil, ajuste, en de nombreux points, le statut des sociétés civiles à celui des sociétés en nom collectif (115).

97. — On le voit, c'est à l'intérieur du concept de personnalité morale lui-même, que l'on trouve les causes de la diversité de son contenu. C'est pourquoi, on ne saurait ramener l'ensemble des hypothèses de transparence à un principe unique.

A vrai dire, la prise en considération de la personne des associés et de leurs droits, au-delà de celle du groupement, obéit à une logique qui diffère selon les personnes morales et les catégories d'associés. Et c'est à partir de l'examen des facteurs que nous avons évoqués et dont l'action combinée fait la spécificité effective de chaque société, que le juge pourra, en même temps que *trouver la justification de l'imperfection de la personnalité morale, en fixer les limites*.

Sans doute, les cas de transparence, qui affectent, comme on l'a justement relevé (116), toutes les sociétés, expriment-ils toujours l'existence d'un lien étroit entre le patrimoine individuel de l'associé et celui de la société. Mais *la nature de ce lien, comme le droit individuel qui en découle*, sont loin d'être constants.

Elle procède de trois ordres de situations qui sont chacune l'expression d'une forme d'individualisme.

(113) BASTIAN, *Les sociétés commerciales avant leur immatriculation au Registre du Commerce*, in *Mélanges Cabrillac*, pp. 23 et 24. — SORTAIS, *La distinction des sociétés civiles et des sociétés commerciales en Droit français depuis la réforme législative de 1966 et 1967*, *Revista della società*, mars-avril 1970, p. 414 et s., et sp. p. 415, n° 3.

(114) Loi du 13 juillet 1967, ordonnance du 23 septembre 1967.

(115) Article 1843 du projet : le contrat de société donne naissance à la personne morale à compter de l'immatriculation de la société. Article 1839 : régularisation de la formation. Article 1846 : concernant les pouvoirs de gérant.

(116) Camille JAUFFRET, *op. cit.*, n° 4 et 5.

Tantôt, en effet, les prérogatives attribuées à *tous les associés* immédiatement sur le fonds social, résulteront de la finalité même de la société. La personnalité de celle-ci n'a de raison d'être qu'autant qu'elle s'efface pour satisfaire les besoins économiques pour lesquels elle a été créée. Technique collective d'accession à des utilités proprement individuelles, la personne morale, en dépit de son effet novatoire, est à l'origine d'un droit d'associé largement encore dominé par l'individualisme général, encore qu'à des degrés variables (117).

Tantôt, le lien patrimoine individuel/patrimoine social est la conséquence d'un état voisin de l'indivision que révèle certaines formes sociales, notamment les sociétés en nom collectif et plus généralement les sociétés de personnes. Encore que la reconnaissance de la personnalité morale interdise de confondre la nature des deux institutions et fasse du droit de ses adhérents un droit irréductible par essence, au droit de l'indivisaire; d'autant plus que l'objet de la société plus dynamique que celui de l'indivision, est source de pouvoirs et de responsabilités pour les associés, en sorte que leur droit tend à se rapprocher d'un droit de contrôle.

Enfin, la prise en considération de la personnalité des associés peut dériver précisément d'un droit de contrôle tel que nous en avons précédemment dessiné les contours (118). C'est-à-dire un droit original né d'un système collectif comme celui que constituent les sociétés anonymes ou les sociétés civiles de placement immobilier. La transparence, qui marque ici l'apparition dans l'ordre commun d'un « *individualisme de gestion* », ne concerne que les associés dirigeants qui maîtrisent les attributs de la personnalité morale, tandis que le droit de ceux qui n'ont pas cette qualité, puise, au contraire, ses vertus dans la *plénitude et la perfection de cette même personnalité morale*.

Que peut-on inférer de ces observations ?

Au stade où nous sommes de notre analyse, il importe de rappeler la doctrine d'Emmanuel Lévy, selon laquelle le droit privé contemporain se caractérise par le passage d'un système de possession à un système de valeur (119).

Il est incontestable que le principe de personnalité morale à effet novatoire, a pour conséquence d'accuser sensiblement ce processus. Il est à l'origine d'un système juridique spécial, dont *l'idée de valeur constitue l'axe directeur*.

Il n'empêche que ce système, pour être en rupture avec l'ordre commun, est souvent encore et pour des considérations diverses et

(117) C'est le cas pour les sociétés immobilières d'attribution, pour les sociétés coopératives et spécialement les sociétés coopératives agricoles, pour les groupements d'intérêt économique, pour les sociétés civiles professionnelles de moyens.

(118) *Supra*.

(119) *Supra*.

variables suivant les personnes morales, plus ou moins perméable à l'individualisme de possession, savoir l'individualisme qui a présidé à la définition classique du droit subjectif, qu'il s'agisse de droit réel ou de droit de créance.

Ainsi, les deux premières séries d'hypothèses de transparence que nous avons signalées, relèvent de la persistance d'un principe de possession du système collectif; tandis que la dernière traduit la consécration d'un principe de valeur.

A l'intérieur de l'ordre collectif né de la personnalité morale, se concilient ces deux principes contradictoires dont dépendent naturellement la teneur et le régime du droit des associés. Il ne fait pas de doute que certaines personnes morales, objet du présent titre, soient largement encore dominées par le premier (120), alors que l'inverse se produit dans d'autres (121). Parfois enfin, leurs forces tendent à s'équilibrer (122).

Mais en aucun cas, l'un ne saurait totalement exclure l'autre. C'est pourquoi le droit d'associé renferme dans une mesure inégale, il est vrai, des prérogatives participant de l'un et de l'autre; quelquefois même, bien que les groupements personnifiés auxquels ils appartiennent soient soumis à des dominantes différentes, les membres seront titulaires de droits identiques. Citons en exemple le droit aux bénéfices reconnu à l'associé en nom et à l'actionnaire.

De telle sorte que l'étude du droit d'associé suppose que l'on envisage successivement, l'influence qu'exerce sur lui, d'une part, l'avènement d'un principe de valeur, d'autre part, la survie d'un principe de possession, ce à quoi nous nous livrerons dans les deux chapitres suivants.

(120) Sociétés immobilières d'attribution, sociétés de personnes, groupements d'intérêt économique, sociétés professionnelles.

(121) Sociétés anonymes, sociétés de placement immobilier.

(122) Société à responsabilité limitée, société en commandite par actions.

CHAPITRE PREMIER

Droit d'associé et consécration d'un principe de valeur.

98. — On ne peut valablement mesurer l'influence de la personnalité morale parfaite (1) sur le droit de ses membres qu'à partir d'une approche économique des biens corporels et au-delà des droits qui leur sont relatifs. Il est classique et vrai de dire que la propriété d'une chose implique, pour son titulaire, la possibilité d'en retirer la plénitude des utilités économiques (2). Ainsi, on énonce qu'elle est la résultante de trois éléments : le *fructus*, l'*usus* et l'*abusus*.

Il est moins fréquent cependant de souligner que la faculté de disposer du bien participe d'une autre logique que celle qui gouverne la faculté d'en user ou même de le faire fructifier. L'*abusus* suppose, en effet, de la part de son titulaire, une attitude, par rapport à la chose, fondamentalement différente de celle que traduisait l'*usus*, ou le *fructus*.

En effet, l'exercice de ces deux derniers pouvoirs, dont les conditions procèdent immédiatement des caractéristiques matérielles et physiques de la chose, révèle une volonté de *possession*, d'*avoir*, tandis que celui de l'*abusus* exprime une volonté d'*échange*. On observera toutefois que dans la conception classique de la propriété, — celle des rédacteurs du Code civil — *l'avoir prime l'échange*. On le vérifie notamment à l'examen de la théorie des successions ou des garanties entourant les actes de disposition immobilière. Sans doute faut-il nuancer cette affirmation, en relevant qu'elle n'est pleinement

(1) Il faut ici rappeler que ce qualificatif désigne la personnalité morale, dotée d'un effet novatoire de droit.

(2) CARBONNIER, *Droit civil*, Tome II, n° 25, p. 78, édition 1959.

valable que pour ce qui intéresse les biens immeubles, mais on sait qu'ils sont à cette époque, la principale source de richesse.

Un des traits dominants de notre système juridique contemporain, est d'avoir, si ce n'est inversé, du moins modifié, le rapport des termes de ce donné. La valeur d'échange des choses est prise en considération, tout autant si ce n'est davantage, que leur utilité matérielle, immédiate.

Simultanément, se sont développées de nouvelles catégories de biens, et de droits, et par là de « nouvelles richesses » (3).

Sur le plan technique, cette transformation est marquée par l'apparition de procédés juridiques susceptibles d'opérer de véritables substitutions de biens.

99. — A l'intérieur des personnes morales, opérant novation de droit, ce processus subit un effet d'accélération. Par l'apport en société, comme nous avons déjà été amené à le montrer, le titulaire d'un droit de propriété sur une chose le perd au profit de la société et reçoit en échange un droit nouveau dont les vertus économiques résident, et dans les prérogatives que l'associé détient dans la société, et dans la facilité avec laquelle il pourra changer de mains. C'est l'avènement d'un système juridique reposant sur l'idée de valeur.

Encore faut-il préciser que ce n'est que dans la société anonyme, ou dans les sociétés civiles faisant publiquement appel à l'épargne — que se vérifie pleinement ce phénomène. Le décrivant, Ripert observait : « le régime capitaliste a transformé le propriétaire en créancier, il a enlevé aux hommes la possession des usines, des véhicules, des mines, des eaux; il leur a donné à la place une part dans les profits réalisés par l'exploitation de ces biens » (4).

Fondamentalement exacte, cette analyse appelle, cependant, un correctif quant à sa formulation. Il semble, en effet, doublement excessif d'assimiler, d'une part, le droit de l'associé à une créance, et de le limiter, d'autre part, à une simple part des profits.

C'est méconnaître que l'associé conserve, avec le bien par lui apporté, mais au-delà et surtout avec l'ensemble de l'actif de la société, un lien de droit, sans doute distendu, mais certain. Patrimoine individuel et patrimoine social ne sont pas totalement étrangers l'un à l'autre. De ce lien procèdent ce que l'on a pu appeler les droits « latents » de l'actionnaire (5) dont l'importance doit être soulignée puisque d'eux, tout autant que du droit aux dividendes, dépend la valeur du droit d'associé lui-même; « outre sa part dans les bénéfices,

(3) RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, p. 128 et s., n° 54 et s.

(4) RIPERT, *op. cit.*, p. 133.

(5) BERMOND DE VAULX, *Les droits latents de l'actionnaire*, Bibliothèque de Droit Commercial, Sirey, 1965.

relève dans ce sens un auteur, en tant qu'associé, l'actionnaire a également un droit théorique à une part de l'actif net de la société. Entre autres conséquences, ce droit sert de fondement à la valeur spéculative de l'action. La valeur boursière du titre repose, en grande partie, sur l'appréciation moyenne qui est faite de la valeur actuelle ou future de la part d'actif à laquelle l'actionnaire peut théoriquement prétendre » (6).

A la limite même, on pourrait affirmer que dans la logique interne du droit de l'actionnaire, qui découle de celle d'un véritable système de valeur, ces droits « théoriques » priment le droit aux dividendes, et se trouvent en parfaite harmonie avec le principe de libre négociabilité des actions.

Ici apparaît la différence essentielle qui existe entre un droit subjectif classique — plus précisément le droit de propriété — et le droit d'associé. La « matérialité » du droit de propriété est en effet évidente; pour être distinct de la chose, le droit n'en demeure pas moins partiellement absorbé par elle. Elle imprime sa marque sur son régime.

Il est significatif que la propriété mobilière obéisse à des règles autres que celles qui gouvernent la propriété immobilière. Il est également révélateur que l'on accède à la propriété par la possession. Rien de tel pour le droit d'associé qui est doté d'une sorte d'autonomie par rapport à la chose qui lui donne son contenu économique.

Plus exactement, l'associé n'a plus de rapport direct avec la chose par lui apportée qui vient se fondre dans l'actif social, mais il participe à une activité économique collective. En d'autres termes, le droit d'associé n'a pas de signification relativement à une chose mais *relativement à une entreprise* et sa valeur est fonction de la prospérité de celle-ci (7).

100. — Mais ici, une remarque complémentaire doit être faite pour que la question soit exactement cernée dans ses données.

Il est vrai que le lien qui unit patrimoine social et patrimoine individuel n'est *jamais direct*; admettre l'inverse, serait méconnaître le principe même de personnalité morale à effet novatoire; mais on ne peut nier que ce lien soit, suivant les situations observées, plus ou moins étroit.

La règle de l'unanimité qui régit le fonctionnement des sociétés de personnes procède de la quasi-confusion du patrimoine social avec celui des membres, en même temps qu'elle la vivifie.

Dans les sociétés soumises au principe majoritaire, les choses sont plus complexes car pour procéder d'un même système, le droit d'associé n'a pas le même contenu réel selon la position occupée par son titulaire à l'intérieur du groupement.

(6) CHAMPAUD, thèse précitée, p. 20, n° 20.

(7) CHAMPAUD, *Les méthodes de groupement des sociétés*, R.T.D. Co. 1967, p. 1003 et s., et sp. p. 1020, n° 18.

1) L'associé minoritaire qui, à ce titre, n'est pas investi d'un pouvoir de décision directe dans la gestion du patrimoine social, adopte, à l'égard du droit qu'il détient, une attitude assez proche de celle d'un créancier; Claude Champaud la décrit ainsi : « Se considérant non comme des associés, mais comme des créanciers, ils (les associés minoritaires) se comportent comme tels. Toutefois, le particularisme de l'objet de leur créance en fait des créanciers particuliers. Ils ne peuvent être considérés comme des tiers, par rapport au patrimoine social, car leur créance porte précisément sur une portion de ce patrimoine. De ce fait, elle est essentiellement fonction de la politique et des affaires sociales, c'est-à-dire de la prospérité de l'entreprise puisque son montant est théoriquement égal à une portion d'actif social net dont la quotité dépend du nombre de parts ou d'actions possédées » (8).

Nous dirons que le régime de leur droit qui constitue le modèle parfait du droit d'associé est dominé de *façon exclusive par un principe de valeur*.

2) Il n'en va pas de même pour les associés détenant la majorité. Certes, fondamentalement, leur droit est de même nature que celui des minoritaires, mais parce qu'ils maîtrisent les prérogatives de la personnalité juridique, ils se trouvent par rapport aux biens sociaux dans une relation différente de celle que nous venons d'exposer (9).

En tant qu'ils contrôlent la société, ils ont une large initiative dans l'utilisation de ces biens; ils détiennent « le pouvoir de diriger à leur gré l'administration du patrimoine social » (10). Ils se trouvent donc à la tête d'un droit qui, sur le plan économique, est plus puissant que le droit de propriété encore que moins absolu; son exercice est, en effet, soumis au respect de l'intérêt collectif. Ce droit est l'expression dans l'ordre juridique de cette réalité que : « faire marcher une entreprise est une chose essentiellement différente de la gestion d'une propriété privée » (11).

Il n'est pas illogique dès lors que l'on assiste à leur égard à la renaissance de l'*intuitus personae* (12) et de la responsabilité individuelle dans la société anonyme (13).

101. — Il importe de mener plus avant cette analyse; on observe alors que la qualité du lien, qui unit le patrimoine individuel au

(8) CHAMPAUD, *Les méthodes de groupements de sociétés*, R.T.D. Co. 1967, p. 1020, n° 18.

(9) CHAMPAUD, thèse précitée, p. 29 et s., n° 29 et s.; *adde* du même auteur, *Les méthodes de groupements de sociétés*, référence précitée. — PAILLUSSEAU, thèse précitée, p. 49 et s.

(10) CHAMPAUD, thèse précitée, p. 107, n° 108.

(11) DRUKKER, *La pratique de la direction des entreprises*, les éditions d'organisations, Paris, 1957, p. 22, cité par PAILLUSSEAU, thèse précitée, p. 80.

(12) CAMERLYNCK, thèse précitée, *passim*.

(13) VEAUX, *La responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales et la notion juridique d'entreprise*, J. soc. 1947.213.

patrimoine social, affecte de façon décisive la nature même des prérogatives non pécuniaires contenues dans le droit d'associé. Le droit à l'information, le droit de vote (14), pour n'évoquer que ceux-là, sont des droits *relatifs*, qui n'ont pas de signification intrinsèque *constante*. Elle varie, en effet, en fonction et de la forme de la décision collective, et de la position occupée par l'associé dans la société.

1° Que la décision collective doive émaner d'une volonté unanime et le droit de vote, expression de la volonté de chacun, apparaît comme une prérogative *parfaitement* individuelle, puisque l'intérêt collectif se confond avec la somme des intérêts privatifs. Une décision majoritaire implique, à l'inverse, l'existence d'un intérêt collectif véritable, distinct de l'addition des intérêts particuliers. Dans ces conditions, le droit de vote, s'il reste une prérogative individuelle de l'associé, devra, dans son exercice, être guidé par la recherche de l'intérêt social, et donc manifester, dans une certaine mesure, un dépassement par chacun des associés de son intérêt proprement égoïste (15).

2° Sous un autre angle, on relèvera que le vote majoritaire ne s'inscrit pas dans la même perspective que le vote minoritaire. Le premier, qui est présumé exprimer la volonté sociale (16), est pour celui qui l'exerce, un acte de gestion, une mesure originale d'administration des biens sociaux. Tandis que le vote minoritaire se présente comme un *acte-sanction*, il entre dans une politique de contrôle de la gestion (17) et procède du pouvoir « subsidiaire » (18) que détient la minorité dans le fonctionnement de la société. C'est que l'associé non dirigeant a moins en vue de prendre part à la décision économique que de veiller à ce que les associés gestionnaires n'agissent pas en sorte que son droit perde sa valeur spéculative.

Pourtant les différences ainsi dévoilées ne peuvent faire oublier, qu'en toute hypothèse, le droit d'associé obéit à des principes directeurs constants. *C'est que minoritaires et majoritaires appartiennent*

(14) Nous avons exposé plus haut les raisons pour lesquelles ces droits ne sauraient nous retenir à titre principal, de nombreux et excellents ouvrages leur ont d'ailleurs été consacrés. Voir notamment BÉRANGER, *Les conventions relatives au droit de vote dans les sociétés par actions*, Paris, 1946. — CHARGE, *La nature du droit de vote de l'actionnaire dans les assemblées des sociétés par actions*, Poitiers, 1937. — CHESNELONG, *Le droit de vote dans les assemblées générales*, Toulouse, 1924. — DAVID, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, Paris, 1928. — DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, thèse précitée, p. 138, n° 136. — NOIREL, thèse précitée, p. 150, n° 203 et s. — ROUJOU DE BOUBÉE, thèse précitée, p. 91 et s. — SCHMIDT, thèse précitée, sp. n° 15 et 56 ; *adde* voir également les chroniques et articles suivants : R. DAVID, *Le caractère social du droit de vote*, J. Soc. 1929.424. — FREYRIA, *Etude juridique sur les conventions portant atteinte à la liberté de vote dans les sociétés*, R.T.D. Co. 1951.423.

(15) R. DAVID, *Le caractère social du droit de vote*, J. Soc. 1929.424.

(16) SCHMIDT, thèse précitée, p. 23 et s., n° 28 et s.

(17) CONTIN, thèse précitée, p. 45 et s. et n° 41 et s. — DIDIER, *Droit commercial*, P.U.F., Thémis, 1970, J. 409.

(18) SCHMIDT, thèse précitée, pp. 195 à 227, n° 203 à 257.

à un même ordre juridique, celui né de la personnification du groupement. Il est remarquable qu'il existe entre leur situation respective un rapport de complémentarité, porteur cependant de *conflits virtuels*.

Ce rapport mérite d'être analysé afin de mesurer exactement l'influence qu'exerce le principe de valeur sur le droit d'associé :

— Si l'on se place, tout d'abord, du côté de l'associé gestionnaire, on constate que le renforcement du lien unissant le patrimoine individuel au patrimoine social, qu'implique nécessairement le fait de détenir la majorité réelle, a pour conséquence de faire naître une forme nouvelle de possession, ou plus exactement de maîtrise des biens, qui ne participe pas de la même philosophie que la propriété classique; elle n'en a pas la perfection et suppose de la part de son titulaire une attitude active et l'accomplissement d'actes d'entreprise tenant compte de la nécessité de préserver les intérêts de tous les actionnaires.

— S'agissant ensuite de l'associé minoritaire, sa situation se caractérise par le fait qu'il a un droit dont il ne maîtrise pas immédiatement les éléments qui constituent le support de sa valeur. Si bien qu'à la différence de ce que l'on peut observer, dans le régime d'un droit subjectif classique, le *droit d'associé* ne contient pas de moyens « intrinsèques » d'assurer sa sauvegarde, mais uniquement « extrinsèques »; savoir que l'on développe d'autant plus le pouvoir de contrôle des actes de gestion de l'entreprise, à la prospérité de laquelle est attachée la plus-value du droit de chacun, que la personnalité morale de la société est forte et élaborée.

Il n'est pas illogique, par conséquent, que ce soit dans le droit des sociétés anonymes, et à un degré moindre, dans celui des sociétés à responsabilité limitée, que s'est édifiée la théorie de l'abus de majorité, majorité qui « aussi puissante soit-elle, ne peut devenir en elle-même une fin; on ne peut admettre qu'elle impose sa loi sans limite et sans frein, au mépris des intérêts individuels qu'elle est censée représenter » (19).

C'est à cette même idée qu'il faut encore rattacher la « promotion de l'action sociale exercée *ut singuli* » (20). En faisant de l'associé le dépositaire de l'intérêt collectif, on lui confère simultanément le pouvoir de préserver son droit. Car, comme on a pu le relever avec raison, « les spéculations désastreuses du Conseil d'administration compromettent le patrimoine de la société et nuisent à la masse des associés. Mais ce préjudice atteint nécessairement chaque actionnaire, ses

(19) LESOURD, *L'annulation pour abus de droit des délibérations d'Assemblée générale*, R.T.D. Co. 1962, p. 1 et s., et sp. 2, n° 2.

(20) BERDAH, thèse précitée, p. 14.

actions perdant leur valeur, ainsi par contrecoup, chaque actionnaire est-il individuellement lésé » (21).

Enfin, dans le sens de cette démonstration, on ne saurait passer sous silence la multiplication et la diversification des dispositions d'ordre pénal en droit des sociétés (22). Il est significatif, à cet égard, que l'on ait été amené à créer de nouvelles infractions concernant des faits que le Code pénal ne visait pas; l'impossibilité dans laquelle on était d'assimiler certains des comportements fautifs des administrateurs à des infractions classiques, met en lumière le fait que la personnalité morale crée un ordre juridique à l'intérieur duquel les relations échappent à la logique individualiste du droit commun.

Toutes ces mesures, qui répondent à des préoccupations différentes, on cependant un point commun : leur objet : donner à l'associé les moyens d'exercer un contrôle effectif de la gestion du patrimoine de la société, dont le contenu et la dynamique constituent le support de la valeur de son droit; en sorte qu'à l'occasion de la cession de celui-ci, il puisse retirer une plus-value. Paradoxalement donc, ce n'est qu'en quittant le groupement que l'associé réalisera son droit dans sa plénitude.

C'est bien là l'expression juridique d'un principe de valeur qui se traduit par un phénomène d'« intellectualisation » des droits (23) accompagné de dispositions favorisant leur circulation. Aussi bien la personnalité morale apparaît-elle ici davantage comme un procédé juridique dont l'objet est de faire naître de nouveaux droits subjectifs mieux adaptés aux exigences de l'économie contemporaine, que comme une technique d'expression collective.

On comprend dès lors que le rapport minorité-majorité soit de façon latente un rapport de forces, dont les tribunaux tentent de localiser le point d'équilibre; l'étroite complémentarité des situations majoritaire et minoritaire, interdit de dissocier, l'analyse des droits que ces situations engendrent, et cela d'autant plus que ces droits procèdent d'un même système collectif.

C'est pourquoi, prenant pour référence le droit de l'associé minoritaire, principalement dans la société anonyme (24) puisqu'il constitue l'illustration la plus pure d'un droit dont le régime est dominé par l'idée de valeur, nous dégagerons par là même, en contrepoint, l'étendue et les limites du contrôle majoritaire. C'est ce que nous entreprendrons de faire en envisageant successivement, d'une part, le support de la valeur du droit d'associé, d'autre part, sa réalisation.

(21) CHESNÉ, *L'exercice « ut singuli » de l'action sociale dans les sociétés anonymes*, R.T.D. Co. 1962.347, n° 1.

(22) TOUFFAIT, *Délits et sanctions dans les sociétés*, op. cit., introduction, p. 25.

(23) MARTY et RAYNAUD, op. cit., n° 3 et 4.

(24) Encore que nous soyons amenés à citer en exemple d'autres formes sociales, notamment la S.A.R.L. et les sociétés civiles faisant publiquement appel à l'épargne.

LE SUPPORT DE LA VALEUR DU DROIT D'ASSOCIÉ

102. — Nous avons précédemment entrepris de démontrer que les vertus économiques propres au droit de l'associé tiennent au complexe de prérogatives qu'il renferme; ce qui le caractérise, en effet, c'est qu'il confère à son titulaire des droits de qualité différente :

- d'une part, un droit *direct* contre la société, il s'agit du droit de participer aux bénéfices réalisés par elle;
- d'autre part, des droits *indirects* ou plus exactement « latents » sur l'actif social (25).

Toutefois, on observera aussitôt que si le premier, proche dans ses contours d'un véritable droit de créance, implique, de ce fait, une sorte d'*extranéité* entre patrimoine individuel et patrimoine social; en revanche, les seconds sont l'expression juridique de la persistance du lien qui unit l'un à l'autre en dépit de la personnification du groupement. De telle sorte que droit aux dividendes et droits sur l'actif social exercent une influence de nature différente sur la situation de l'associé et au-delà sur son droit; la société distribuera-t-elle des dividendes substantiels et de façon régulière, et de *fait* la condition de l'actionnaire sera proche de celle de l'obligataire. Décidera-t-elle, en revanche, d'accroître la masse active de son patrimoine en constituant des réserves, et ce faisant, elle augmentera la valeur spéculative du droit d'associé.

Comme on le voit, il existe entre les prérogatives qu'il renferme un rapport dynamique et fluctuant; elles n'ont pas d'objet constant et leur contenu réel dépend des choix arrêtés dans la politique de gestion.

(25) BERMOND DE VAULX, thèse précitée ; *adde* VIGREUX, *Les droits des actionnaires dans les sociétés anonymes*, Paris, 1953. Pichon et Durand-Auzias, édit., sp. p. 50 et s.

Ici se vérifie, à nouveau, la remarque faite plus haut et suivant laquelle, à la différence d'un droit subjectif classique, le droit d'associé n'est pas centré sur un bien, mais sur une entreprise économique collective.

Si bien que, pour s'apparenter dans sa structure à un droit de créance, le droit aux dividendes reste, dans sa mise en œuvre, subordonné au respect de l'intérêt social (Section I). A l'inverse, pour être protégés dans leur principe, les droits des actionnaires sur l'actif social n'en demeurent pas moins à l'état « latent » et ne se réalisent, au cours de la vie sociale, que par des voies *indirectes* et par le jeu de mécanismes collectifs (Section II). Il nous faut vérifier l'exactitude de cette double proposition.

SECTION I

LE DROIT AUX DIVIDENDES UN DROIT DIRECT CONTRE LA SOCIÉTÉ :

103. — Une remarque préalable s'impose ici. Il s'agit de préciser quelle est l'exacte relation qui peut exister entre la recherche de bénéfices d'une part et l'étendue de la personnalité morale de l'autre.

On observera, donc, que si la recherche de bénéfices, qui suppose une entreprise collective active, implique nécessairement une personnalité morale, dotée d'effets énergiques, en revanche, la réciproque n'est pas vraie.

Le droit positif connaît des groupements dotés d'une personnalité morale, opérant novation du droit primitif de leurs membres sans que ceux-ci aient en vue de partager les bénéfices retirés de l'entreprise commune. Les groupements d'intérêts économiques, les sociétés civiles de moyens, constituent, à ce sujet, des exemples significatifs, mais on pourrait également évoquer ici les sociétés immobilières d'attribution. A l'évidence, donc, les notions de personnalité morale à effet novatoire et de société — entendues *étroitement* — ne se recouvrent pas parfaitement.

Autrement dit, le droit au bénéfice nécessairement lié à la reconnaissance d'un principe de valeur, n'en est pas le corollaire.

104. — Décrivant, dans ses traits les plus saillants, le phénomène sociétaire, un auteur ne manquait pas, récemment encore, de souligner l'importance qu'il fallait accorder à la recherche des bénéfices : « Des personnes se sont associées pour s'enrichir et la recherche des bénéfices est aux termes mêmes de l'article 1832 du Code civil, un élément essentiel et fondamental de la société » (26). Il n'est point

(26) PAILLUSSEAU, thèse précitée, p. 196.

besoin de rappeler dans le même sens que l'article 1855 que la jurisprudence applique toutefois avec nuance (27), frappe de nullité les clauses statutaires dont l'objet est de priver un ou plusieurs associés de toute participation aux bénéfices (28). Le droit aux bénéfices, lorsqu'il est lié à la finalité même d'une personne morale donnée, est donc fermement établi dans son principe.

Bien que les associés puissent également le faire valoir, au moment de la liquidation de la société, c'est au cours de la vie sociale que son exercice présente le plus grand intérêt, dans la mesure où il implique que soit nettement définie la relation intérêt individuel-intérêt collectif.

Au-delà donc des conditions d'exercice du droit aux dividendes, c'est le problème de sa nature qui se trouve être posé. Il doit nous retenir.

Le droit aux dividendes est habituellement présenté comme un véritable droit de créance (29). Mais cette analyse ne peut résulter que d'un raisonnement analogique. On ne saurait, en effet, méconnaître ce fait décisif que l'associé, à la différence du créancier, n'est pas un tiers par rapport à la société. Il est d'ailleurs remarquable qu'en qualifiant les bénéfices de fruits civils, la jurisprudence ait implicitement reconnu que l'associé conservait un lien de droit avec le bien par lui apporté.

Ainsi apparaît l'originalité du droit aux dividendes. De la même façon que le droit de créance, il s'exerce contre la société mais il n'en a pas la pureté des caractères ni la perfection. En entrant dans la société, l'associé en a accepté les aléas et les incertitudes. Si bien que l'accomplissement des utilités de son droit est naturellement conditionné par la prospérité de l'entreprise sociale, et par les exigences de sa gestion.

L'associé ne détient pas un « droit acquis » (30) certain, mais un droit virtuel dont la réalisation, variable dans son contenu, est doublement subordonnée à l'existence même de bénéfices d'une part (Sous-Section I) à une décision collective de distribution d'autre part (Sous-Section II).

(27) Cf. notamment DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, thèse précitée, p. 127, n° 126. — NOIREL, p. 127.

(28) Req. 14 juillet 1882, D.P. 6884.I.222, Req. 9 avril 1941, J. Soc. 1943.248.

(29) Cass. com., 4 déc. 1963, Bull. Civ. III.346, Trib. Civ. Seine, 7 janvier 1963, J.C.P. 1963.II.13082, note Seignolle.

(30) DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, thèse précitée, p. 117, n° 116.

*Sous-Section I***L'EXERCICE DU DROIT AUX DIVIDENDES
EST SUBORDONNE A L'EXISTENCE DES BENEFICES**

105. — Aux termes de l'article 346 de la loi du 24 juillet 1966, « le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice net de l'exercice, diminué des pertes antérieures, et du prélèvement prévu à l'article 345 et augmenté du report bénéficiaire. En outre, l'Assemblée générale peut décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition, en ce cas, la décision indique expressément les postes de réserves sur lesquels les prélèvements sont effectués » (32).

Par voie de conséquence, la mise à la disposition des associés des sommes tirées d'autres postes que ceux visés à ce texte est prohibée. Bien plus, selon l'article 437-1 de la loi, constitue une répartition de « dividendes fictifs » sanctionnée pénalement le fait pour « le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme » (33) d'avoir procédé « sciemment » à cette distribution « en l'absence d'inventaire, ou au moyen d'inventaire frauduleux ».

La règle en elle-même n'est pas nouvelle; retenue par la plupart des systèmes juridiques étrangers (34), elle était déjà formulée dans l'article 15-4^e, de la loi du 24 juillet 1867 (35). Mais son fondement a, semble-t-il, quelque peu évolué. On justifiait autrefois l'interdiction légale, exclusivement, par la nécessité de préserver les intérêts des tiers; il fallait éviter, estimait-on, qu'une réduction déguisée du capital social, ne vienne porter atteinte à la garantie qui leur était due, et ne trompe ainsi le crédit qu'ils avaient accordé à la société.

Ces raisons, bien évidemment, demeurent toujours valables, mais elles s'accompagnent de la prise en considération des intérêts des actionnaires non dirigeants. Il importe de faire en sorte que les agissements frauduleux des administrateurs n'affectent pas la valeur de leurs titres. Or, il est incontestable que la distribution de dividendes fictifs, tout en entretenant l'illusion de la prospérité, porte réellement atteinte à la valeur de l'action. L'éclairage est donc déplacé de l'extérieur à l'intérieur de la société.

Cette orientation nouvelle du droit positif se vérifie lorsqu'on examine, notamment, la réponse apportée à la question de savoir si

(32) L'article 345 dont il est fait mention vise la constitution de réserve légale.

(33) Des mesures de même ordre frappent, dans les mêmes conditions, les responsables des sociétés en commandite par actions, article 460, et les gérants de S.A.R.L., article 425.

(34) MEYSSAN, *op. cit.*, p. 55.

(35) TOUFFAIT, *op. cit.*, n° 214 et s., p. 220 et s.

la répartition de sommes prélevées sur les réserves peut, dans certains cas, constituer une distribution de dividendes fictifs.

106. — Il convient de préciser les termes du problème et de bien saisir les conditions dans lesquelles il surgit.

Dans le principe, en effet, les réserves sont distribuables, à l'exception de la réserve légale dont le montant doit être égal au dixième du capital social. Cependant, sous l'empire du régime antérieur à la loi de 1966, un point faisait difficulté (36) : fallait-il considérer comme « dividendes fictifs » les sommes prélevées sur les réserves et attribuées aux associés, mais présentées par les administrateurs comme résultant des bénéfices de l'exercice ?

La doctrine était, à ce sujet, d'autant plus divisée (37) que la jurisprudence était mal assurée (38). Toutefois, celle-ci semblait opérer une distinction reposant sur un critère qui n'était pas lui-même à l'abri de la critique. Elle réservait, en effet, une solution différente selon que l'on se trouvait en présence d'une distribution de réserves occultes *a*), ou au contraire, de réserves extraordinaires, ou statutaires *b*) (39).

a) S'agissant des premières, la chambre criminelle de la Cour de cassation jugeait qu'il n'y avait pas distribution de dividendes fictifs, dans la mesure où le redressement du bilan établissait leur existence (40) ; tout au plus, les administrateurs pouvaient-ils être sanctionnés pour avoir présenté un bilan inexact. Solution qu'un auteur avait pu justifier de la façon suivante : « Les administrateurs sont accusés d'avoir majoré certains postes d'actif, ou minoré certains postes du passif, si bien qu'au total, les dividendes ont bien été distribués sur les bénéfices réels de l'exercice, et non sur les réserves. En somme, les administrateurs ont seulement présenté sous un faux jour certains aspects de la vie sociale, mais au total, ils en ont donné une vue exacte » (41).

Le raisonnement était sans doute d'une parfaite rigueur du point de vue comptable, mais il supposait que l'on admit des degrés dans l'inexactitude des informations données à l'assemblée des actionnaires, dont le rôle est cependant déterminant, dans cette matière, relativement à l'utilisation des bénéfices. C'était là une démarche dont les « subtilités » (42) n'étaient guère conciliables avec la nécessaire protection des actionnaires.

b) En revanche, la haute juridiction avait posé la règle inverse, lorsque le prélèvement, aux fins de distribution, avait été opéré sur

(36) NOIREL, thèse précitée, p. 102 et s., n° 136 à 142.

(37) TOUFFAIT, *op. cit.*, p. 236, n° 228.

(38) NOIREL, *op. cit.*, *ibidem*.

(39) TOUFFAIT, *op. cit.*, *ibidem*.

(40) Crim. 1^{er} novembre 1942, G.P. 1943.185.

(41) NOIREL, thèse précitée, p. 107, n° 140.

(42) TOUFFAIT, *op. cit.*, p. 236, n° 228.

les réserves extraordinaires, ou statutaires. Dans ces conditions, elle estimait, en effet, que puisque par hypothèse l'assemblée des actionnaires n'avait pas agréé l'opération dans sa réalité, il fallait appliquer les sanctions relatives à la répartition de dividendes fictifs (43).

Cette jurisprudence fit l'objet de vives critiques (44). Indépendamment du fait qu'on lui reprochait d'adopter un raisonnement non respectueux du principe de stricte interprétation qui gouverne le droit pénal, on faisait encore valoir que, dès lors que le capital social n'était pas entamé, l'infraction n'était pas constituée. La seule faute susceptible d'être relevée à l'encontre des administrateurs étant l'inexactitude des informations données aux associés.

Pour pertinente qu'elle fût, la critique ainsi formulée n'était pas décisive. C'est quelle s'appuyait sur une définition étroite de la notion de « dividendes fictifs ». Or, il n'est pas sûr que ce soit celle qu'il faille retenir pour assurer la sauvegarde de tous les intérêts en cause. Certes, elle est pleinement satisfaisante si l'on cherche le problème du seul point de vue des tiers, mais elle se révèle imparfaite si l'on se place du côté de l'actionnaire non dirigeant.

107. — Car c'est bien dans le contenu que l'on donne au concept de « dividendes fictifs » que se trouve la réponse à la question posée. On peut, en effet, considérer, dans une première conception objective, qu'il n'y a dividendes fictifs que dans la mesure où leur distribution résulte d'une atteinte au capital social; mais on peut, également à l'inverse, adopter une définition plus large, subjective, et estimer que « le dividende est fictif dès lors qu'il est présenté comme distribué sur des bénéfices alors qu'en réalité il épuise la substance sociale, capital ou réserve » (45).

Autrement dit, même si les bénéfices sociaux ne sont pas fictifs, les dividendes sont susceptibles de l'être. C'est tout autant l'origine des fonds mis à la disposition des associés que la tromperie, entretenue sur cette origine, qui justifie la sanction.

Cette seconde analyse qu'avait donc retenue la chambre criminelle pour les seules réserves extraordinaires, ou statutaires, a été consacrée par la loi du 24 juillet 1966 qui a, en outre étendu son champ d'application.

Il résulte, en effet, de la combinaison des articles 346-1-2 et 437-1, qu'une distribution de réserves, quelle que soit la qualité de celle-ci, non autorisée par l'assemblée, constitue une « répartition de dividendes fictifs ».

(43) Crim. 22 janvier 1937, Bull. crim. n° 7, G.P. 1937.I.594, D.P. 1937.I.71, note TCHERNOFF, S. 1938.I.297, note LEGAL, J. Soc. 1938.279, note LECOMPTE, Crim. 10 novembre 1942, Bull. Crim. n° 108, G.P. 1943.I. 85, Crim. 4 mai 1954, Bull. Crim. n° 59, *adde* NOIREL, *op. cit.*, n° 137 à 140, p. 103 et s.

(44) LECOMPTE, J. soc. 1938, p. 279 ; LEGAL, S. 1938.I.297.

(45) NOIREL, p. 107, n° 141 ; *adde* exposant une opinion plus subjective encore TCHERNIOFF, note D.P. 1937.I.71.

De cette solution qui mérite d'être approuvée, on peut dégager quelques enseignements quant à l'évolution suivie par la théorie du droit d'associé.

Il est heureux qu'ait été abandonnée la distinction opérée à partir des différentes catégories de réserves; sans doute, pouvait-elle s'expliquer au regard des principes comptables, mais elle conduisait à des réponses de nature différente alors que dans les deux cas le problème se posait dans des termes fondamentalement identiques. Au demeurant, elle ne tenait pas suffisamment compte d'un élément déterminant : c'est en pleine connaissance de cause que l'associé doit participer à l'affectation des résultats. Car la volonté qu'il manifeste à cette occasion ne traduit pas toujours une vision identique de son droit. L'actionnaire peut préférer augmenter la valeur de son action plutôt que de percevoir des dividendes au détriment de celle-ci.

Or, il n'est point besoin de rappeler que les réserves occultes doivent, de la même façon que les autres, être prises en compte pour l'évaluation du titre (46).

A travers les nouvelles dispositions législatives, on entrevoit la logique qui semble désormais dominer le droit de l'actionnaire. En assurant la protection, non plus seulement du capital social, mais encore des réserves, on recourt à un procédé destiné à maintenir le support économique de la valeur d'échange du titre. Aussi bien la répétition des dividendes illégitimement perçus (47) a-t-elle une double signification. En rétablissant, dans son intégrité, l'actif social, elle accroît nécessairement le crédit de la société, et restaure la valeur réelle de l'action. Elle se présente donc comme une mesure de *vérité, économique et financière*.

Il est également révélateur, à cet égard, que la jurisprudence exige de la part de l'associé, agissant individuellement, en responsabilité, à l'encontre des administrateurs auteurs d'une distribution de dividendes fictifs, qu'il rapporte la preuve que depuis la distribution incriminée : « le titre s'est dévalorisé en tout ou en partie » (48).

C'est donc le souci de faire apparaître dans sa réalité la valeur de l'action qui a justifié l'extension législative de la notion de dividende fictif. Du même coup, elle explique la plus grande sévérité manifestée par les tribunaux à l'égard des organes sociaux. Il est cependant singulier d'observer qu'en revanche, ce même principe directeur conduit à renforcer le pouvoir majoritaire, face au pouvoir minoritaire, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'opportunité de la décision de mise en distribution des bénéfices et sa conformité à l'intérêt social.

(46) MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n° 3238, p. 864.

(47) Art. 350, loi du 24 juillet 1966.

(48) TOUFFAIT, *op. cit.*, p. 251, n° 238, citant Rennes, 27 novembre 1913, J. Soc. 1914, p. 361.

*Sous-Section II***L'EXERCICE DU DROIT AUX DIVIDENDES
EST SUBORDONNÉ À UNE DÉCISION COLLECTIVE**

108. — « L'attribution des bénéfices de l'entreprise ne fait aucune difficulté sous le régime capitaliste, la propriété donne droit aux fruits. Les bénéfices appartiennent au capital investi. Qui court les risques doit avoir le profit... Pour une société par actions, il faut considérer que les bénéfices sont attribués à la collectivité des actionnaires et non à chaque actionnaire individuellement. C'est seulement par la décision de l'Assemblée générale distribuant les bénéfices que chaque actionnaire devient créancier du dividende fixé » (49).

Construite, à partir d'une approche économique classique du profit, l'analyse formulée en ces termes par Ripert, met en lumière l'ambiguïté de la nature juridique des bénéfices réalisés par une société et celle du droit individuel qui leur est relatif.

En effet, la qualification des bénéfices en fruits civils suppose nécessairement que l'associé reste propriétaire du bien par lui apporté, ce qui est contraire au principe même de personnification de la société.

À l'inverse, l'affirmation selon laquelle l'associé détient un véritable droit de créance à l'encontre de la société est le corollaire de cette personnification. La remarque n'est pas dépourvue d'enseignement. À l'évidence, les classifications et qualifications du droit commun sont en quelque sorte « plaquées » sur des relations juridiques qui échappent en réalité à son emprise.

Manifestement, la transposition à des situations procédant d'un système collectif, reposant sur un principe de valeur, de concepts fondamentalement individualistes, engendre des contradictions qu'il est malaisé de surmonter par les raisonnements, normalement applicables, du droit des biens et des obligations.

Mais à partir de là, on peut mesurer l'importance de la décision collective qui se trouve être au point d'attache des deux volets du diptyque.

109. — 1) En tant qu'il conserve un lien avec le patrimoine social, l'associé est en droit de participer à la décision de répartition des résultats de l'entreprise et donc, au vote des dividendes. En revanche, une fois le vote régulièrement acquis, il se trouve dans la situation d'un tiers par rapport à la société.

(49) RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, p. 292, n° 133.

La délibération de l'Assemblée affecte donc dans sa qualité le droit de l'associé; elle transforme, a-t-on pu écrire : « la créance collective interne en une série de créances externes dont les associés deviennent titulaires » (50). Si bien que l'associé — ou l'usufruitier de l'action si elle est l'objet d'un démembrement (51) — pourra exiger la mise en paiement du dividende si le Conseil d'administration n'y a pas procédé dans le délai de neuf mois, imparti pour ce faire par l'article 347-1 et 2 de la loi de 1966 (52); de la même façon, il sera en droit de produire au règlement judiciaire et à la liquidation des biens éventuels de la société.

Doit-on pour autant conférer à l'obligation à laquelle la société se trouve dès lors tenue, à l'égard de ses membres, une rigueur absolue? En d'autres termes, la qualité de créancier se substitue-t-elle totalement à celle d'associé?

La question s'est posée aux tribunaux lorsqu'il leur a été demandé de dire si une Assemblée générale avait le pouvoir d'annuler une distribution de dividendes précédemment votée. La Cour de Paris, saisie à deux reprises, de la difficulté a répondu par la négative (53). Solution que l'on justifie par le fait qu'un débiteur ne peut se libérer unilatéralement (54). Sans doute, cette analyse présente-t-elle l'avantage de la sécurité et s'appuie-t-elle sur un raisonnement d'une parfaite orthodoxie. Mais c'est précisément dans cette rigueur classique que réside la source de sa critique.

On peut, en effet, s'interroger sur le point de savoir si la démarche ainsi adoptée par la jurisprudence, relativement à ce problème particulier, ne va pas dans un sens opposé à l'orientation prise par le droit des sociétés dans son ensemble dominé par la prise en considération croissante de l'intérêt social.

En sollicitant, à l'excès, à notre sens, la disqualification opérée par la décision de distribuer les dividendes, ne crée-t-elle pas une sorte de « césure » dans la condition de l'associé; « césure » qui n'est pas conforme à la réalité.

On peut, en effet, concevoir que compte tenu de circonstances économiques nouvelles, la distribution de dividendes votée par l'Assemblée se révèle contraire à une saine gestion du patrimoine social; de telle façon qu'une décision en sens contraire s'impose dans

(50) *Répertoire des Sociétés*, Dalloz, V° dividendes, n° 220.

(51) Req. 14 mars 1877, D.P. 1877.I.353; S.1878.I.3, note LABBÉ, Civ. 21 octobre 1931, Gaz. Pal. 1931.2.837; *adde* LEBLOND, *Des droits respectifs de l'usufruitier et du nu propriétaire dans les bénéfices*, Gaz. Pal. 1956.2.I. — LE BAYON, *L'usufruit des parts sociales*, Rev. soc. 1973, p. 435 et s., et sp. p. 437, n° 14 et p. 438, n° 15. — WAHL, *Du droit respectif de l'usufruitier et du nu propriétaire sur les titres, leurs produits et leurs accessoires*, J. Soc. 1925.129.

(52) Encycl. Dalloz des sociétés, V° *Dividendes*, n° 222, et la jurisprudence citée.

(53) Paris, 1^{er} décembre 1934, S. 1935.2.65, Gaz. Pal. 1935.1.240, 22 juillet 1938, D.P. 1939.2.44; *adde* NOIREL, thèse précitée, n° 170.131.

(54) NOIREL, *op. cit.*, n° 170, p. 131.

l'intérêt de tous. Certes, admettre la possibilité d'une annulation *a posteriori* de la première résolution n'est pas sans danger pour l'actionnaire. Il serait vain de le cacher. Mais est-ce la meilleure manière de protéger les intérêts privatifs, que de s'arrêter à une mesure qui ne tienne pas compte de l'intérêt social ?

Il serait préférable, semble-t-il, de se tourner vers un procédé mieux en harmonie avec la logique collective. On pourrait concevoir, dans ce sens, que la jurisprudence adopte relativement à cette question, une *définition assez large de la notion d'abus de droit*. Dès lors que la décision d'annuler la distribution décidée antérieurement ne serait pas suffisamment motivée et circonstanciée afin que les tribunaux puissent exercer leur contrôle et apprécier l'opportunité de cette mesure au regard des intérêts collectifs, il y aurait lieu de ne lui donner aucun effet.

Au demeurant, n'y a-t-il pas une certaine inconséquence dans le fait de méconnaître, dans cette hypothèse, le critère de l'intérêt social, alors que ce même critère gouverne l'appréciation que portent les tribunaux sur l'opportunité de la décision de distribution elle-même.

110. — 2) En effet, s'agissant de cette dernière, la question s'est très tôt posée de savoir dans quelle mesure le pouvoir majoritaire de l'Assemblée pouvait être limité dans sa libre initiative d'affecter à des postes de réserves, ou de reporter à nouveau les bénéfices réalisés au cours de l'exercice écoulé, plutôt que de les mettre à la disposition des associés sous forme de dividendes.

Interrogation que l'on peut, si l'on se place du point de vue des minoritaires, formuler dans les termes suivants : quelle est la force du droit individuel de l'associé à la répartition des bénéfices (55) ? La réponse qu'elle est susceptible de recevoir a des incidences de plusieurs ordres : économique et financier tout d'abord, elle suppose, en effet, qu'un parti soit pris par les tribunaux sur la politique de gestion de l'entreprise et sur la place qu'il faut y reconnaître à l'auto-financement (56) ; juridique ensuite, car d'elle dépend la nature exacte de la relation qui s'établit entre la société et ses membres (57).

(55) Sur ce point, v. AMIAUD, *Traité théorique et pratique des comptes de réserves dans les sociétés par actions*, p. 243. — CORDONNIER, *Des pouvoirs de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires en matière de constitution de réserves*, J. Soc. 1928, p. 65 et p. 129. — AUTESSERRE, *De la licéité de la libre constitution de réserves*, Rev. soc. 1960, p. 1 et s. ; *Du report à nouveau et de l'autofinancement des sociétés*, S. 1961, ch. 59. — LACOMBE, *Les réserves dans les sociétés par actions*, Paris, 1962, p. 104 et s. — CHAMPAUD, thèse précitée, p. 140. — PAILLUSSEAU, thèse précitée, p. 184. — CONTIN, thèse précitée, n° 754 et s., p. 679 et s.

(56) CONTIN, thèse précitée, sp. n° 748 à 753. — PAILLUSSEAU, thèse précitée, p. 184 à 185.

(57) Jean AUTESSERRE ne relevait-il pas reprenant les termes d'un débat classique : « C'est la création de réserves par l'assemblée générale ordinaire qui a

Mais il apparaît opportun, à ce stade de la démonstration, de souligner qu'il ne nous semble pas *exact* de dissocier, voire d'opposer, comme certains auteurs ont cependant entrepris de le faire (58), les deux aspects (économique et juridique) de ce problème unique et dont la *difficulté réside précisément dans leur étroite imbrication*.

Il s'agit moins en effet, à notre sens, d'opérer un choix entre l'intérêt de l'entreprise et celui des associés, comme on l'a pourtant prétendu (59) qu'à travers ce choix, d'adopter une conception différente de la notion d'intérêt social et au-delà du droit d'associé.

— Ou bien, en effet, on considère que l'associé ne saurait, en vertu des dispositions de l'article 1832 du Code civil, être privé de sa part dans les bénéfices réalisés au cours de l'exercice, fût-ce pour des raisons conformes à l'intérêt de l'entreprise, et l'on fait de ce droit un droit « propre », quasiment intangible, la pièce maîtresse du droit d'associé (60).

A l'évidence, cette analyse procède d'une conception unitaire de la personnalité morale, car elle confère à l'associé une qualité, sinon identique, du moins de nature voisine de celle d'un créancier; plus précisément, elle suppose que l'on inscrive les relations associée-société dans un rapport interpersonnel; du même coup, elle conduit à une définition de l'intérêt collectif qui prendra pour référence l'intérêt *immédiat* et actuel de l'actionnaire, fût-ce au détriment de la valeur de l'action.

— Ou bien, à l'inverse, on préfère donner à l'entreprise les moyens d'affronter les incertitudes économiques, de s'y adapter, en sacrifiant le droit aux dividendes de chacun des associés, en favorisant la constitution de réserves. Auquel cas, en atténuant la vigueur du droit individuel à la participation aux bénéfices, on déplace en quelque sorte le centre d'intérêt du droit de l'actionnaire dans sa totalité. L'accent est alors mis sur le fait que l'associé qui participe à l'entreprise collective conserve des droits sans doute « théoriques » mais acquis sur l'actif social.

Dans cette hypothèse, on favorise *la valeur du droit sur l'avoir immédiat* que représentent les dividendes. Le droit de l'associé est principalement envisagé comme un bien d'échange, l'intérêt social, qui se confond alors, il est vrai, avec l'intérêt de l'entreprise, est en quelque sorte identifié à un intérêt individuel idéal « différé ». Plus exactement, il sera défini, dans ces conditions, par rapport à la cession du droit, l'accroissement de la « substance sociale » (pour repren-

été surtout l'occasion de heurts des deux conceptions, institutionnelle et contractuelle, de la société anonyme », in *Du report à nouveau et de l'autofinancement des sociétés*, S. 1961, p. 59.

(58) PAILLUSSEAU, thèse précitée, pp. 184-185. — CONTIN, thèse précitée, p. 689 et s., n° 765 et s.

(59) CONTIN, thèse précitée, référence note précédente.

(60) DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Thèse Toulouse, L.G.D.J. 1956, sp. n° 189.

dre la terminologie de Jean Noirel) constituant une source, sinon unique, en tout cas principale, de plus-value.

111. — Il est remarquable et significatif que ce soit vers le second des termes de l'alternative que s'est orientée la jurisprudence en élargissant le champ des pouvoirs de l'Assemblée générale d'une part, en les renforçant d'autre part.

— En effet, elle l'a, en premier lieu, autorisée à affecter des sommes prélevées sur les bénéfices, à des postes d'autofinancement (61), malgré le silence des statuts à ce sujet. Résultat que l'on ne pouvait atteindre qu'au prix d'un raisonnement étranger à la stricte logique contractuelle.

Dans le même ordre d'idée, guidée par le même souci, elle adoptait une interprétation libérale des statuts. La Chambre des requêtes par un intéressant arrêt du 16 novembre 1943 (62), étendait ainsi, au report à nouveau, la faculté reconnue statutairement à l'Assemblée générale d'une société de constituer « un fonds de prévoyance ou des fonds de réserve extraordinaires »; alors pourtant que le report à nouveau n'a pas la même nature que les réserves (63); solution, somme toute naturelle, si l'on tient compte de l'évolution législative contemporaine à cette jurisprudence qui, comme nous l'avons rappelé (64) s'est faite par deux textes de 1913 et 1930, dans le sens d'un élargissement des pouvoirs de l'Assemblée générale ordinaire.

112. — Mais il restait à préciser leurs limites *qualitatives*. Ce que fit la section commerciale de la Chambre civile de la Cour de cassation dans un important arrêt du 18 avril 1961 (65).

L'espèce était la suivante :

Le 20 mai 1955 l'Assemblée générale ordinaire d'une société décidait le report à nouveau de la totalité des bénéfices nets de l'exercice écoulé. Des associés minoritaires demandèrent la nullité de la résolution; ils invoquaient l'abus de droit, soulignant notamment qu'au cours des huit années précédentes, la société avait affecté la plus grande partie de ses bénéfices à des postes de réserves, ne les distribuant que dans une proportion réduite.

Déboutés par le Tribunal civil de la Seine, ils obtiennent satisfaction en appel. La Cour de Paris réformait, en effet, par un arrêt du 28 février 1959, la décision des premiers juges relevant entre autres motifs : « que dans le contrat de société, *comme dans tout autre*

(61) Paris 13 juin 1900, S. 1903.2.315 ; cité par DESPAX, *op. cit.*, p. 214. — PAILLUSSEAU, thèse précitée, p. 185. — CONTIN, thèse précitée, n° 761, p. 685.

(62) Req. 16 nov. 1943, S. 1947.I.1, note R. HOUIN, J.C.P. 1944.II.2251, note LESCOT, Gaz. Pal. 1944.I.14.

(63) CONTIN, thèse précitée, n° 758 et s.

(64) *Supra*.

(65) Cass. 18 avril 1961, J.C.P. 61.II.12.164, note D.B. ; Gaz. Pal. 1961.2.15 ; D. 1961.661 ; R.T.D. Com. 1961.634, obs. HOUIN ; *adde*, Com. 22 avril 1976, D. 1976, note J.-C. Bousquet.

contrat, chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations suivant l'intention qui était celle des parties au moment où elles ont contracté; qu'il est de l'essence même du contrat de société que les bénéfices (en vue de la réalisation et du partage desquels le contrat a été conclu) soient répartis périodiquement, en principe à la fin de chaque exercice social... » (66).

Cet arrêt, qui s'appuyait sur un raisonnement purement contractuel, fut vivement critiqué par la doctrine qui, dans son ensemble, soulignait son manque de « réalisme » économique (67).

Il fut frappé d'un pourvoi; c'est dans ces conditions que la haute juridiction, situant le débat sur le terrain de l'abus de droit exclusivement, fut amenée à censurer les juges d'appel. Elle le fit dans les termes suivants : « Attendu qu'il ne ressort pas de ces motifs que la résolution litigieuse ait été prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité » (68).

Il n'entre pas dans l'objet de notre démonstration de prendre parti dans la controverse relative à la notion d'abus de droit qu'a suscitée cet arrêt. Probablement d'ailleurs, chacune des opinions émises à ce sujet comporte-t-elle une part de vérité; l'abus de droit résultant tout à la fois de la violation de l'intérêt social (69) et d'une rupture de l'égalité entre associé (70).

Tout au plus, pourrait-on préciser que la jurisprudence semble aujourd'hui tenir compte d'un élément supplémentaire : celui de la légitimité de la résolution incriminée. Le Tribunal de commerce de Paris n'a-t-il pas récemment jugé qu'étaient « annulables pour abus de droit, les décisions d'Assemblée générale d'une société à responsabilité limitée, ayant pour conséquence, une mise en réserve de bénéfices excessive dans un but purement fiscal » (71).

Mais il semble que tenter de donner au concept d'abus de droit, qui est « fonctionnel » par nature, une définition unique, et une structure constante, n'est pas la démarche qui permette de traduire le plus fidèlement la réalité du droit positif.

On peut, en effet, se demander si la violation de l'intérêt social et la rupture d'égalité ne jouent pas un rôle différent, suivant les cas, à l'occasion desquels est invoqué l'abus de droit et au-delà, si les contours de cette notion ne varieront pas en fonction des préoccupations et des choix opérés par les tribunaux relativement aux problèmes qui leur sont soumis.

(66) Paris, 28 février 1959, D. 1959.353., J.C.P. 1959.II.11.175, note BASTIAN.

(67) DALSACE, note S. 1959.134 ; D.B. note J.C.P. 1959.II.11.175. — AUTESSERRE, *op. cit.*, Rev. soc. 1960, p. 8 et s. ; même auteur, art. précité, S. 1961, p. 60 et s. V. cependant Rault, obs. in R.T.D. Co. 1960, n° 2, p. 102.

(68) Dans le même sens, Com., 9 nov. 1966, R.T.D. Co. 1967.526, obs. HOUIN.

(69) PAILLUSSEAU, thèse précitée, pp. 185-186. — CONTIN, thèse précitée, *ibid.*

(70) SCHMIDT, thèse précitée, p. 156, n° 209 et s.

(71) Trib. Com. Paris, 14 mai 1973, J.C.P., obs. DU PONTAVICE.

Dans cette perspective, la définition restrictive retenue par la Cour de cassation en matière de constitution de réserves contient des enseignements révélateurs de la conception du droit de l'associé majoritaire et minoritaire que cet arrêt consacre. C'est de ce point de vue qu'il nous retiendra.

1) S'agissant des dirigeants de la société, en premier lieu, il est évident qu'en les autorisant dans des conditions aussi libérales, à créer des réserves prélevées sur les bénéfices sociaux, la Cour leur confère un pouvoir très étendu dans la gestion du patrimoine social. C'est une manifestation, singulièrement significative, du phénomène dont nous avons précédemment dessiné les contours. Savoir que le fait de détenir la majorité implique dans une certaine mesure une *modification de la qualité même du droit de l'associé*. Il postule un renforcement du lien unissant le patrimoine social au patrimoine individuel; renforcement qui s'exprime dans le *contrôle* qui donne à celui qui en est titulaire une large initiative dans l'utilisation des biens sociaux (72).

2) Quant aux associés minoritaires, la « dégradation » de leur droit sur les bénéfices dénoncés par certains (73), qu'engendre la jurisprudence ici commentée, implique le changement du principe directeur qui gouverne le régime du droit d'associé dans son ensemble.

C'est davantage la valeur du droit, en tant que bien d'échange, que l'on prend en considération que ses utilités immédiates.

Du Garreau de la Méchenie, commentant en 1937, les premiers efforts de tribunaux pour étendre les pouvoirs de l'Assemblée générale, n'écrivait-il pas déjà, pour les justifier : « Mais il faut noter que l'intérêt personnel des associés y trouvera son compte. Les réserves ainsi formées viennent augmenter l'actif social, le cours des actions s'élèvera normalement, assurant ainsi à l'actionnaire un bénéfice au moment où il cèdera ses titres... La gestion des affaires sociales doit avoir pour but premier la prospérité de la société, et non l'intérêt *immédiat* des actionnaires. Cet intérêt est sauvegardé par surcroît du fait même de la marche ascendante de l'entreprise » (74).

Il est naturel, dans cette perspective, que l'on renforce simultanément la protection des droits « latents » de l'actionnaire sur l'actif social et qu'on lui permette de les réaliser par le jeu de mécanismes originaux.

(72) VIGREUX, *Les droits des actionnaires dans les sociétés anonymes*, 1953, sp. p. 69 et s.

(73) VIGREUX, *op. cit.*, sp. p. 51 et s.

(74) DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, thèse précitée, n° 117, p. 119.

SECTION II

LES DROITS INDIRECTS SUR L'ACTIF SOCIAL

113. — Si l'associé ne détient pas — avec son droit aux bénéfices — un droit de créance parfait à l'encontre de la société, c'est qu'il n'est pas tiers par rapport à elle; au contraire, une des vertus économiques de son droit réside dans le lien qui subsiste entre le patrimoine social et le sien.

Mais la complexité de sa situation à cet égard tient à ce que sans être véritablement créancier (75), l'associé n'a pas de pouvoirs immédiats et directs sur les biens de la société; faute de quoi, il se trouverait dans la condition de copropriétaire, ce qui n'est bien évidemment pas le cas (76).

- Si bien que l'originalité de son droit procède de ce double fait que :
- si, d'une part le bien par lui apporté vient, en quelque sorte, se fondre dans une masse patrimoniale autonome, affectée à une entreprise collective (77) et normalement productrice de plus-value;
 - d'autre part aussi cette autonomie n'est pas totale, puisque l'associé contribue individuellement — à des degrés variables il est vrai — à la gestion du patrimoine social, et puisqu'il est titulaire de droits pécuniaires qui émanent *directement* du lien qui unit son patrimoine propre à celui de la société.

Il nous appartiendra ici de préciser le contenu de ces droits et leurs conditions d'exercice.

114. — Une première remarque doit être faite : bien que le lien patrimoine individuel-patrimoine social soit permanent, il est de l'essence même de la qualité d'associé; les prérogatives qui en dérivent, pour être acquises dans leur principe, ne se réalisent que de façon *occasionnelle* lors des fluctuations du capital social (78).

Or, relativement à la force du principe de personnification, il n'est pas dépourvu d'enseignements que la résolution collective décidant de la réduction, comme de l'augmentation du capital, ne puisse émaner que d'une Assemblée générale extraordinaire, statuant donc à la majorité renforcée, et soit encore subordonnée à une procédure d'information préalable des associés particulièrement étendue (79).

(75) *Supra.*

(76) *Supra.*

(77) PERCEROU, thèse précitée, *passim*.

(78) NOIREL, thèse précitée, sp. pp. 87 à 118, n° 117 à 142.

(79) Art. 176 et 180 ; 215 et s. loi 24 juillet 1966 ; *adde* MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, p. 569 et s., et sp. n° 2023 et s., et p. 612 et s., et n° 2183 et s.

On y voit avec raison le moyen d'éviter que, dans ces circonstances, la majorité n'abuse de ses pouvoirs au détriment de la minorité; mais limiter l'exigence d'une procédure aussi complexe et lourde à ce seul objet, n'est-ce pas, dans une certaine mesure, confondre les effets et la cause ?

Il est vrai qu'on explique généralement le fait que la décision de modifier le capital social échappe à l'Assemblée générale ordinaire par la « gravité » des actes auxquels elle conduit; il reste cependant à s'interroger sur la réalité juridique que ce terme recouvre.

On observera alors que l'obligation de majorité renforcée est liée à des mesures affectant directement le *lien patrimonial individuel-biens sociaux*. En d'autres termes, *les conditions entourant l'Assemblée générale extraordinaire, plus qu'elles ne rapprochent les deux patrimoines, procèdent de ce qu'ils n'ont jamais été totalement dissociés*.

Aussi bien la majorité renforcée n'apparaît que comme une « unanimité dégénérée », unanimité (qui, expression parfaite de l'individualisme classique, traduit une confusion des patrimoines) à laquelle on a été contraint de porter atteinte pour répondre au besoin d'efficacité, né de la pression exercée sur le régime de la société, par le nombre des associés et la dimension des entreprises (80).

Mais pour satisfaire des impératifs pratiques, la règle de la majorité renforcée dans sa signification théorique, participe, dans une certaine mesure, d'une nature sinon identique, du moins assez proche de celle de la règle de l'unanimité.

Il s'agit, en prenant principalement en considération le lien qui unit les patrimoines, social et individuel, de renforcer la protection des droits de l'associé qui lui sont rattachés.

Cela se vérifie dans l'hypothèse de la « décroissance du capital » (81), qui affecte nécessairement la mise initiale de l'actionnaire (82), mais aussi dans celle de la croissance du capital qui, quant à elle, touche ses droits sur les plus-values acquises collectivement.

Il reste cependant que le *principe majoritaire* gouverne les décisions de l'Assemblée générale extraordinaire et que, par conséquent, pour être efficacement sauvegardées, les prérogatives « latentes » de l'associé sur l'actif social n'en sont pas intangibles et cela d'autant moins que, très souvent, l'accroissement de la valeur du droit lui-même dépend de la soumission de son titulaire aux exigences collectives.

Aussi bien faut-il s'interroger sur l'influence qu'exerce sur le droit d'associé la réduction (Sous-Section I) et l'augmentation (Sous-Section II) du capital social.

(80) NOCQUET, thèse précitée. — SOLA CAMIZARÈS, *op. cit.*

(81) Terminologie employée par PAUL DIDIER, *Droit commercial*, sp. p. 464.

(82) NOIREL, thèse précitée, p. 87, n° 117 à 124.

*Sous-Section I*L'INCIDENCE DE LA DECROISSANCE DU CAPITAL
SUR LE DROIT DE L'ASSOCIÉ

115. — Le principe d'une possible diminution du capital est inhérent aux sociétés par actions (83). En effet, en dehors du cas rare, au demeurant, où l'actif de la société apparaît excessif au regard de l'importance de l'activité déployée par elle, la réduction du capital se justifie le plus souvent lorsqu'elle accuse des pertes (84).

Or, en s'associant, chacun des membres du groupement sait que, s'il pourra participer aux gains, il devra aussi éventuellement assumer les pertes dans la proportion de son apport. Il est donc naturel qu'afin d'assainir sa situation, la société recoure à ce procédé, les actionnaires subissent alors « une amputation d'une partie de la valeur nominale de leurs titres » (85).

Cette mesure de vérité économique et financière est d'ailleurs imposée par la loi lorsque l'entreprise, poursuivant son exploitation, les pertes constatées s'élèvent à un montant supérieur aux trois quarts du capital (86).

S'agissant d'une décision intéressant tout à la fois le crédit des créanciers et l'apport des associés, la loi, comme nous l'avons vu, l'entoure de garanties particulières : réunion d'une Assemblée générale extraordinaire, rapport spécial des commissaires aux comptes sur l'opération (87).

Mais si, comme la doctrine l'a déjà, à maintes reprises, souligné (88), la règle en elle-même ne souffre guère de discussion et n'a d'ailleurs pas été contestée devant les tribunaux, il en va différemment quant à sa mise en œuvre. C'est que les conséquences de la réduction sur la situation de l'associé pourront être différentes selon le moyen adopté pour y procéder.

Il n'est point besoin de rappeler ici que si l'on opère par réduction du nominal de chacune des actions, on anéantit du même coup le risque de rupture d'égalité entre associés.

Mais il peut arriver que, compte tenu du minimum légal imposé au montant des actions, cette première voie soit fermée à la société;

(83) On observera que le problème se pose en des termes identiques dans les S.A.R.L. Cf. HEMARD, TERRÉ, MABILAT, *Sociétés commerciales*, n° 541 et s.

(84) RIPERT et ROBLOT, *Traité*, n° 1576. — MERCADAL et JADIN, n° 2180.

(85) NOIREL, thèse précitée, p. 87, n° 117.

(86) Art. 68, al. 2 et 241, al. 2, loi du 24 juillet 1966.

(87) Art. 215, al. 2 et 228, al. 3, loi du 24 juillet 1966.

(88) CORDONNIER, *L'échange d'actions avec rompus*, J.S. 1951, p. 55. — NOIREL, thèse précitée, p. 87, n° 117. — CAILLAUD, *L'exclusion d'un associé dans les sociétés*, Sirey, 1966, sp. p. 172 et s.

on recourt alors, à la diminution du nombre des actions émises, technique qui appelle nécessairement un échange de titres; ici surgissent les difficultés.

116. — 1) Une première question se pose relative à la qualité des titres échangés. Elle est de savoir si l'on peut substituer aux anciennes actions, des actions dites de « jouissance ». Dans cette hypothèse, la réduction du capital se ferait par le remboursement anticipé à quelques associés du montant de leur apport.

On sait que ce procédé est autorisé lorsque les sommes utilisées à la restitution de mise initiale sont prélevées sur les bénéfices et les réserves, il permet à la société d'alléger son passif interne. Mais, bien qu'interdisant évidemment à l'associé de se prévaloir de son droit à la reprise des apports, il ne fait pas échec à son droit sur les bénéfices et surtout à son droit de prendre part aux décisions collectives. Le porteur d'actions de jouissance reste un associé au sens plénier du terme.

Or, il n'en va pas de même si le prélèvement est effectué sur le capital; dans ce cas, l'associé perd, corrélativement à l'échange des titres, son droit de vote. On entrevoit aussitôt le danger que recèle une telle opération : permettre aux majoritaires d'exclure (par des voies détournées), de toute participation effective à la vie sociale, les minoritaires jugés gênants.

C'est la raison pour laquelle des juridictions de fond (89) semblent, pour la plupart, s'être refusées à valider ce procédé, estimant que ne « comportant plus de droit de vote, l'action de jouissance n'est plus une action » (90).

Bien que la loi du 24 juillet 1966 n'ait pas énoncé expressément de règle à ce sujet, son silence paraît devoir être interprété comme une interdiction de cette procédure. On a pu, en effet, relever dans ce sens qu'elle avait prohibé l'émission de parts bénéficiaires (91).

117. — 2) Plus délicat et plus riche d'implication théorique, apparaît le problème de l'échange d'actions avec « rompus » (92).

Bernard Caillaud en a clairement exposé les termes de la façon suivante : « une société est dans l'obligation de diminuer le nombre de ses actions, ou de les unifier en une seule catégorie (93). A cette fin, elle opère un échange de titres de valeur nominale différente. Tout

(89) La Cour de cassation n'ayant pas eu à connaître apparemment du problème.

(90) Colmar, 24 mars 1939, S. 1940.2.12, note ROUSSEAU. — J.S. 1939, p. 513, note BASTIAN, cité par NOIREL, thèse précitée, p. 88, n° 119.

(91) MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, p. 615, n° 2193.

(92) CORDONNIER, *L'échange d'actions avec rompus*, J. soc. 1951, p. 65 et s.

(93) L'auteur évoque ici l'unification des actions de mêmes catégories et le regroupement d'actions qui ne nous retiendront pas mais qui posent un problème de même nature que celui présentement analysé sur ce sujet. CORDONNIER, *op. cit.*, note 4, page précédente. — LE GALCHER BARON, *Le regroupement des actions non cotées*, J.C.P. 1964.I.1880.

associé peut être en possession d'un nombre d'actions anciennes qui n'est, ni *égal* au coefficient qui sert de base à l'échange, ni un *multiple* de ce coefficient... les associés se trouvent obligés dans ces conditions, soit d'augmenter leur participation, soit de l'abandonner en partie ou en totalité » (94).

Ainsi, se trouve-t-on en présence d'un dilemme : l'intérêt social commande une réduction du capital qui, par hypothèse, ne peut résulter que d'une diminution du nombre des actions, mais celle-ci conduit nécessairement soit à l'expropriation de l'associé, soit à mettre à sa charge l'obligation de souscrire de nouvelles parts.

En l'absence de clause statutaire permettant d'y échapper, la voie empruntée pour y parvenir comporte forcément des conséquences quant à l'étendue et quant à la nature des effets internes de la personnalité morale.

Car il s'agit de répondre à la question de savoir si l'Assemblée générale extraordinaire est, ou non, habilitée à s'affranchir, dans cette circonstance particulière, du principe suivant lequel l'associé ne saurait voir augmenter contre son gré son engagement initial (95) et de celui de l'égalité entre associés.

La doctrine classique, dans son ensemble, lui refusait ce droit (96) ; sans doute, les opinions étaient-elles différentes et comportaient-elles des nuances selon leurs auteurs (97) mais elles avaient ceci en commun qu'elles résultaient de raisonnements foncièrement contractuels (98).

Il est remarquable que la jurisprudence ne s'y soit pas ralliée. Par deux arrêts : l'un du 30 mai 1892, et l'autre du 20 janvier 1894 (99) la Cour de cassation reconnaît à l'Assemblée générale extraordinaire le pouvoir d'opérer une diminution du capital par voie de réduction du nombre des actions, quand bien même ce procédé ferait apparaître des « rompus ».

Certes, elle confère à cette faculté un caractère subsidiaire, puisqu'elle ne l'autorise que dans le cas où la réduction du capital est justifiée par des pertes et dans la mesure où la société ne peut pas recourir à d'autres techniques pour y parvenir.

Il n'en reste pas moins vrai que cette solution, que l'on a expliquée par l'incontestable souci de « pragmatisme » des juges (100), mérite la plus grande attention dans l'optique de la démonstration entreprise.

(94) CAILLAUD, thèse précitée, p. 172.

(95) Art. 154, loi 24 juillet 1966.

(96) V. cependant WAHL. Commentaire de la loi du 22 nov. 1913 modifiant le régime des sociétés par actions, J. Soc. 1914, p. 80 et sp. p. 82 et s.

(97) CORDONNIER, article précité, sp. p. 78 et s.

(98) *Supra*, p. 63 et s.

(99) Civ. 30 mai 1892, D. 1893.I.105, note THALLER, S. 1892.I.561, note LYON-CAEN, Civ. 20 juin 1894, D. 1894.I.313.

(100) CAILLAUD, thèse précitée, p. 263.

En effet, elle implique que pour résoudre les conflits internes aux sociétés par actions (101), les tribunaux doivent se délivrer de toutes références contractuelles; du même coup, elle laisse entendre qu'il existe une logique propre au système sociétaire, qui repose sur un principe de valeur, lequel ne se réalise pleinement que par le renforcement du pouvoir collectif.

A la vérité, la Cour de cassation ne pose pas le problème en termes de communauté et d'individu, mais en termes d'*entreprise* et d'*action*, le sort de la première exerçant une influence directe sur le montant théorique de la seconde; dès lors, à ses yeux, par cette forme de réduction du capital, il s'agit moins d'exclure un associé d'un groupement que de lui ouvrir l'alternative forcée (il est vrai) suivante : soit réaliser présentement ses titres en négociant les « rompus » à leur juste prix, soit augmenter sa mise dans une société dont l'assainissement financier doit lui permettre d'espérer à terme une revalorisation de son droit (102).

Si bien que l'idée de valeur permet, en cette circonstance, à l'Assemblée générale extraordinaire de décider des mesures qui, dans une approche classique, devraient échapper à ses pouvoirs; en revanche, elle justifie les prérogatives reconnues aux associés dans l'hypothèse d'une augmentation de capital.

Sous-Section II

L'INCIDENCE DE LA CROISSANCE DU CAPITAL SUR LE DROIT DE L'ASSOCIE

118. — Lorsque l'augmentation du capital se fait par incorporation des réserves, l'opération ne soulève que peu de difficultés; on sait en effet qu'elle s'accompagne, soit de l'élévation du nominal des actions existantes, soit d'une distribution d'actions gratuites (103), mesures qui, constituant l'expression la plus parfaite de la persistance du lien unissant le patrimoine individuel des associés aux biens sociaux, renferment en elles-mêmes le moyen d'assurer la protection de leurs droits sur les plus-values acquises collectivement.

Tout au plus, les statuts devront-ils prévoir un mécanisme équitable de répartition des parts nouvelles lorsqu'il existe des actions pri-

(101) Mais l'observation peut aujourd'hui être étendue à la plupart des sociétés commerciales.

(102) Dans le même ordre d'idées, il n'est pas inopportun de relever qu'une jurisprudence constante interdit à l'associé de se prévaloir de l'art. 1869 du Code civil dès lors que ses droits sont librement cessibles. *Infra*, chapitre second, section II : *Le droit de retrait*.

(103) Article 178, al. 1, de la loi du 24 juillet 1966.

vilégiées. A défaut, c'est vers des solutions empiriques que devront se tourner les porteurs de titres de qualité différente; Jean-Marie Bermond de Vault suggère en ce sens : « seule une transaction équitable, ou plus exactement, une transaction traduisant les rapports de force entre les catégories concrétisant tout ce qu'il y a d'effectif et de réel dans les droits des actionnaires sur les réserves qui pourtant en théorie n'existent qu'en puissance, peut-être envisagée » (104).

Mais il en va très différemment dans l'hypothèse où l'augmentation du capital se réalise par apports extérieurs. Dans ce cas en effet, la technique employée comporte à l'égard des premiers associés des inconvénients d'au moins deux ordres :

— D'une part, celui de voir les nouveaux actionnaires acquérir sur l'actif social et ses plus-values des prérogatives identiques aux leurs, alors pourtant qu'ils n'ont pas comme eux, couru les risques ni acceptés les sacrifices attachés à la constitution de cet actif et de ses fruits.

Aussi bien, c'est pour rétablir l'égalité entre actionnaires (105) que la pratique prit l'habitude aujourd'hui bien réglementée (106) de mettre à la charge des nouveaux venus l'obligation de verser, en plus du montant nominal souscrit dans l'augmentation de capital, une somme supplémentaire : la prime d'émission.

— D'autre part, l'émission d'actions nouvelles emporte nécessairement pour conséquence d'accroître le nombre d'associés en concours sur les biens collectifs acquis avant l'augmentation du capital. C'est pourquoi, pour pallier la diminution de valeur des anciennes actions qui s'ensuit, certaines sociétés ont imaginé d'assurer à leurs premiers associés, une prérogative originale : le droit préférentiel de souscription. De ne jours, il leur appartient de plein droit, reprenant en substance les termes du décret-loi du 8 août 1935, l'article 183, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1966 dispose « les actionnaires ont proportionnellement au montant de leurs actions un droit de préférence à la souscription des actions en numéraire émises pour réaliser une augmentation de capital. Toute clause contraire est réputée non écrite ». Texte qui est, selon l'heureuse formule d'un auteur « à la fois la consécration et la traduction légale de droits médiats et indirects des actionnaires sur les richesses sociales accumulées grâce à l'activité commune » (107).

Comme on le voit, le droit de l'actionnaire sur les primes d'émission et celui de souscrire par priorité à l'augmentation du capital décidée par la société apparaissent comme deux éléments (dont on peut soit isoler, soit conjuguer les effets) d'un mécanisme qui, destiné

(104) Les droits latents des actionnaires sur les réserves, *op. cit.*, p. 37.

(105) Cf. rapport du conseiller PILON sous Req., 8 janvier 1935, D.P. 1935.I.8.

(106) Article 179 de la loi du 24 juillet 1966.

(107) BERMOND DE VAULT, thèse précitée, p. 57.

à maintenir la valeur de son titre, trouve son *origine dans la relation permanente qui se développe entre patrimoines individuel et collectif.*

Il importe de les examiner l'un et l'autre.

§ 1. — Le droit de l'actionnaire sur les primes d'émission.

119. — Si l'on perçoit aisément l'utilité pratique de la prime d'émission, il est plus délicat d'en appréhender la nature. Or, c'est d'elle que dépendent et la qualité et les conditions d'exercice des droits qui leur sont relatifs. A vrai dire, la qualification est, en l'espèce, d'autant plus difficile qu'*a priori*, par ses caractères propres, la prime d'émission ne s'insère dans aucun cadre juridique préexistant.

C'est la raison pour laquelle on a pu hésiter entre plusieurs possibilités; en simplifiant les données du problème, on peut dire que l'alternative offerte à l'analyse présente les deux branches suivantes :

— ou bien considérer les primes comme constituant des « bénéfices extraordinaires » (108). Au soutien de cette opinion, on peut faire valoir qu'en dépit du fait qu'elles ne résultent pas de l'activité sociale, n'entrant pas dans le capital souscrit, elles ne donnent pas « directement et par elle-même » de droit au nouvel associé sur l'actif de la société et sur les bénéfices réalisés par elle (109);

— ou bien, en revanche, estimer qu'elle participe de la même logique que les *apports*; dans cette perspective, on insistera sur le fait que bien que n'étant pas incorporée à l'apport en capital, la prime est exigée au même titre que ce dernier pour permettre au souscripteur d'acquérir la qualité d'associé; on retiendra encore dans ce sens que « la prime correspond dans l'esprit de celui qui la verse à une acquisition de droits sociaux » (110).

En l'état de cette option, la jurisprudence fiscale et commerciale a manifesté, dans une première phase, un grand embarras; en effet, si les juridictions du fond semblaient s'orienter vers la première de ces solutions (111), la Cour de cassation, quant à elle, ne prenait pas nettement parti (112).

Il faut attendre un arrêt du 3 mars 1930, rendu en conformité de l'avis formulé par le conseiller Pilon, pour que soit énoncé le principe suivant lequel : « ces primes étant des sommes d'argent mises en commun dans un intérêt social pour avoir droit au même titre et

(108) Dans ce sens, Douai, 26 mai 1965, S. 1866.2.157.

(109) VANDAMME, *La prime imposée aux souscripteurs d'actions*, Thèse Paris, 1928, n° 143, p. 143, cité in BERMOND DE VAULX, thèse précitée, *op. cit.*, p. 85.

(110) BERMOND DE VAULX, thèse précitée, p. 79.

(111) Douai, 26 mai 1865, S. 1866.2.157; Tribunal de Lisieux, 22 février 1917, Rev. de l'enregistrement, 1918, art. 6710.

(112) Req. 13 février 1929, D.H. 1929.145.

dans la même mesure que toutes autres apportées déjà par les associés à la répartition de l'actif social, *participent de la nature des apports* et donnent ouverture aux mêmes droits d'enregistrement à l'époque de leur versement » (113).

C'est en application de cette analyse que la Haute juridiction devait quelque temps après affirmer *l'exclusivité* du droit des actionnaires sur les primes d'émission (114), refusant aux porteurs de parts bénéficiaires de se prévaloir d'un droit quelconque sur celle-ci (115).

120. — Il reste que l'assimilation des primes d'émission à des apports résulte d'un raisonnement analogique qui, dès lors, ne peut rendre compte de la totalité de leurs caractères et de leur profonde originalité (116). En effet, si cette assimilation paraît justifiée lorsque l'on observe l'opération qui est à l'origine du versement de ces sommes d'argent, en revanche, elle n'est plus pleinement satisfaisante au regard de leur utilisation dans la mesure où elles ne sont pas capitalisées. On est alors conduit à s'interroger sur le sort qui doit leur être réservé.

Très précisément, le problème se pose dans les termes suivants : la société n'est-elle que dépositaire des primes d'émission qui restent dans ce cas la « propriété » des premiers actionnaires, ou en a-t-elle la libre disponibilité (117). Le 9 juillet 1952, la Cour de cassation tranchait la difficulté en formulant la règle selon laquelle : « les juges de fond peuvent déduire de leur considération de fait que le montant global des primes d'émission, lesquelles constituent par leur nature *un apport supplémentaire laissé à la libre disposition de la société*, n'avait point été, en l'espèce de par la volonté même des actionnaires, porté à un compte de réserve mais affecté définitivement et non à titre de simple avance à la couverture de frais de premier établissement » (118). Si bien qu'on peut inférer de cette décision que les primes d'émission constituent, en quelque sorte, une masse de capitaux « libre », mise à la disposition de la société n'ayant pas en elle-même un régime juridique constant. Celui-ci dépend de leur utilisation telle qu'elle résultera de la volonté collective des associés.

Mais en cet endroit se pose la question de savoir à quelle majorité devra être décidée l'affectation des primes. La loi du 24 juillet 1966 ne lui a pas donné de réponse.

C'est pourquoi on a proposé de diversifier les solutions en fonction des conséquences de l'affectation. MM. Mercadal et Janin suggè-

(113) Req. 3 mars 1930, D.P. 1930.I.29, Rapport PILON, S. 1930.I.361, note GENY.

(114) Req. 8 janvier 1935, D.P. 1935.I.8, rapport PILON, *adde* NOIREL, thèse précitée, p. 90 et s., n° 122 et s.

(115) Cf. rapport du conseiller PILON, D.P. 1935.I.8. — NOIREL, thèse précitée, p. 92, n° 122. — BERMOND DE VAULX, thèse précitée, p. 93.

(116) GENY, note sous Req., 3 mars 1930, S. 1930.I.361.

(117) Sur ce point BASTIAN, note sous Paris, 30 janvier 1946, J.C.P. 1946.I.3611.

(118) Com. 9 juillet 1952, J.C.P. 1953.II.7742.

rent en ce sens : « qu'en l'absence de clause statutaire ou de décision de l'Assemblée générale extraordinaire, l'affectation relève, à notre sens, de la compétence de l'Assemblée ordinaire selon qu'elle entraîne ou non modification des statuts » (119).

En d'autres termes, selon ces auteurs, c'est la *proposition* d'affectation plus que l'affectation elle-même qui gouverne la qualité de l'Assemblée qui devra statuer; du même coup, ce raisonnement implique qu'*a priori* un parti soit pris sur le régime des primes d'émission, alors qu'à la différence des capitaux dont le sort est réglé légalement, c'est de la décision d'affectation elle-même que procède le régime qui leur est applicable, puisque c'est d'elle que dépend leur qualification.

Le critère retenu de la modification des statuts nous semble dès lors extérieur au problème posé. Il paraît préférable de s'orienter dans une autre direction.

Ce fil conducteur doit être recherché dans le caractère privatif et exclusif du droit des actionnaires sur les primes d'émission; il est un droit qui, par sa qualité même, exige une protection renforcée contre les atteintes qui pourraient lui être portées par la société. Dans ces conditions, seule l'Assemblée extraordinaire offre les garanties nécessaires à une sauvegarde efficace, sauf à prévoir que compte tenu de l'affectation des primes, elle pourra, dans certains cas, statuer à la majorité simple.

Sans doute la situation est-elle techniquement différente, mais on ne peut manquer de faire valoir, dans ce sens, que c'est à cette même Assemblée générale extraordinaire que revient le pouvoir de décider de la renonciation des associés à leur droit préférentiel de souscription.

§ 2. — Le droit préférentiel de souscription.

121. — Expression des droits indirects de l'associé sur les biens sociaux, le droit préférentiel de souscription se caractérise par le fait qu'intimement rattaché au *droit d'associé* dont il ne peut être totalement dissocié, il n'est pourtant pas contenu dans celui-ci. Il se présente *uniquement* comme le moyen d'accomplir certaines des virtualités de l'action dont il n'est que « l'accessoire » (120).

C'est pourquoi il obéit à un régime autonome. Cette situation particulière explique l'originalité des règles qui le gouvernent. Si son attribution est liée à la détention d'une part du capital social, son exercice, en revanche, n'a de signification que relativement aux plus-values retirées de la gestion collective de ce capital; il en permet directement, ou indirectement, la réalisation individuelle immédiate.

(119) MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, p. 573, n° 2030.

(120) Civ. 18 déc. 1935, D.P. 1936.I, note FRÉJAVILLE, S. 1937.I.57, note P. DURAND, *adde* BOSVIEUX, *Droit de souscription des actionnaires en cas d'augmentation de capital*, J. Soc. 1936, p. 6 et s., *sp.* p. 11.

A. — L'ATTRIBUTION DU DROIT PRÉFÉRENTIEL DE SOUSCRIPTION.

122. — 1) Le droit reconnu légalement (121) à l'associé de souscrire par priorité à une augmentation de capital (réalisée par apport en numéraire) est proportionnel à l'importance du capital qu'il détient présentement. La règle est d'ordre public (122).

Mais si le droit préférentiel de souscription est irréductible, il n'est pas intangible. Il peut, en effet, être remis en question par la prise en considération de l'intérêt social; afin notamment de faciliter l'entrée d'un nouveau groupe d'apporteurs en capital, ou une opération de concentration, susceptible de permettre à la société de franchir une crise financière, il est opportun que les associés renoncent à leur droit prioritaire. Encore faut-il que cette décision, d'une particulière gravité, soit prise dans des conditions qui ne permettent pas à la majorité de porter atteinte abusivement à cette prérogative individuelle, d'autant plus fondamentale, qu'elle est l'émanation des droits latents des associés sur l'actif social. Sans doute, une décision unanime de renonciation porterait-elle en elle-même le moyen d'assurer efficacement sa protection, mais la règle serait manifestement contraire au dynamisme social.

C'est pourquoi, à la suite du décret du 8 août 1935, la loi du 24 juillet 1966 a mis en place une procédure qui, pour consacrer le principe majoritaire, en compense les imperfections par une information renforcée.

L'Assemblée générale extraordinaire ne statuera *valablement* qu'après qu'aura été fait un double rapport sur l'opération par le Conseil d'administration d'une part, par les commissaires aux comptes de l'autre (123). Sans doute, sous l'empire des textes précédents, la jurisprudence faisait preuve d'un certain libéralisme dans l'appréciation de ces conditions (124); elle relevait notamment que la forme du rapport n'avait qu'une importance accessoire au regard des informations *réellement* fournies au cours de l'Assemblée (125). Il reste cependant qu'elle se montre ferme sur le respect du principe. La Cour de cassation a récemment encore jugé que « l'Assemblée générale extraordinaire, décidant une augmentation de capital et prévoyant la possibilité pour le Conseil d'administration de réaliser intégralement cette augmentation par l'émission d'actions à souscrire et à libérer par compensation, a été à bon droit annulée dès lors que n'avaient pas été observées les formalités prévues par les articles 5 et 7 du décret du 8 août 1935 applicable à la cause pour la renonciation

(121) Art. 183, alinéa 2, loi du 24 juillet 1966.

(122) Art. 450, loi du 24 juillet 1966.

(123) Article 186, loi du 24 juillet 1966.

(124) NOIREL, p. 198, n° 132.

(125) Civ. 4 décembre 1951, J.C.P. 1952.II.7.121.

des actionnaires, à leur droit préférentiel impossible à exercer en cas d'augmentation souscrite intégralement par compensation » (126).

Au-delà de ses aspects techniques, on mesure à travers ce mécanisme la complexité du principe de personnification à l'égard des associés. Car si ces derniers n'ont pas de pouvoirs immédiats sur les biens de la société, on leur reconnaît, toutefois, des prérogatives « au second degré » dont le fondement laisse transparaître la persistance du lien unissant leurs patrimoines à celui du groupement; leur énergique protection, assurée par des procédés d'inspiration collective, s'inscrit dans la logique d'un véritable système de valeur.

On observera toutefois que, du point de vue des associés majoritaires, le droit préférentiel de souscription est encore doté d'une fonction particulière. *Il est un moyen qui leur permet de maintenir leur contrôle sur la société en dépit de la croissance du capital.*

123. — 2) Cependant, en tant qu'il est un droit *rattaché* au droit de l'associé, les traits spécifiques de ce dernier, et spécialement son caractère complexe et composite, rejaillissent nécessairement sur son régime. Remarque que l'on vérifie lorsque l'on examine le problème de l'attribution du droit de souscription prioritaire d'une part sociale grevée d'un *usufruit* (127). La difficulté réside dans le fait que, lié à la détention d'une part du capital social, ce droit se présente comme une technique de réalisation immédiate des réserves.

En réalité, c'est moins la solution en elle-même qui, sous l'empire du régime antérieur à 1966, donnait lieu à controverses, que son fondement. On admettait, en effet généralement en doctrine et en jurisprudence que le nu-propriétaire seul était attributaire du droit de souscrire (128).

Mais des divergences surgissaient quant à la justification de cette solution. Pour les auteurs classiques, il fallait la rechercher dans la théorie de l'accession; on proposait dans cette optique d'étendre à cette situation les dispositions de l'article 551 du Code civil, aux termes desquelles : « Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire » (129). Mais ce raisonnement ne tenait pas compte de l'originalité profonde du choix de l'associé.

Aussi s'est-on orienté vers une autre direction, plus conforme à la réalité collective de l'ensemble duquel procède le droit de l'associé. « Le droit préférentiel de souscription, a-t-on écrit, est en réalité une valeur en capital, démembrée de l'action primitive; ce qui explique

(126) Com. 7 mai 1973, D. 1973.148, note R.A.P.

(127) Cf. notamment LE BAYON, *L'usufruit des parts sociales*, Rev. Soc. 1973, p. 435 et s. — WAHL, *Des droits respectifs de l'usufruitier et du nu-propriétaire sur les titres, leurs produits et leurs accessoires*, J. Soc. 1925, p. 141.

(128) WAHL, art. précité. — BERMOND DE VAULX, p. 66; *adde* Trib. civ. de Valenciennes, 18 nov. 1925, J.S. 1926.352, note P.L.; Trib. civ. d'Orléans, 16 mars 1943, J.C.P. 1943.II.2453, note FRÉJAVILLE.

(129) WAHL, précité; Trib. de Valenciennes, 18 nov. 1925, précité.

que sa cote en Bourse soit directement fonction de l'importance des réserves sociales dont l'action représente une fraction » (130). L'apport de cette analyse à laquelle se sont, semble-t-il, ralliées, d'abord la jurisprudence (131), puis la loi du 24 juillet 1966 (132), n'est pas de modifier le principe d'attribution du droit, le nu-propriétaire en reste le titulaire principal (133), mais de conduire à envisager dans une perspective nouvelle la relation propriétaire-usufrUITIER relativement à son exercice

B. — L'EXERCICE DU DROIT PRÉFÉRENTIEL DE SOUSCRIPTION.

124. — Une option est offerte à l'associé; il peut, en effet, soit souscrire des parts nouvelles dans une proportion au moins égale à celle qu'il détient du capital, soit *céder son droit*, qui est librement négociable lorsqu'il est détaché d'une action ayant la même qualité.

Encore faut-il tenir compte de deux éléments qui impriment au régime de l'un et de l'autre des termes de cette alternative des traits spécifiques :

— d'une part, dans la mesure où l'intérêt de la société est que l'augmentation de capital se réalise, la faculté de prendre parti ne peut être illimitée dans le temps; aussi la loi fait-elle obligation aux actionnaires d'exercer leur droit dans un délai dont elle a fixé le minimum à trente jours à compter de la souscription (134); à défaut, ils le perdront;

— d'autre part, il est remarquable que lorsque l'action est l'objet d'un démembrement, à défaut d'accord entre les parties intéressées, la négligence du nu-propriétaire (c'est-à-dire s'il n'a pas pris parti huit jours avant l'expiration du délai qui lui est imparti pour le faire) confère à l'usufruitier la possibilité de se substituer à lui. Ce qui se justifie par le fait que la carence du premier porte nécessairement atteinte aux intérêts du second qui peut se voir privé d'un enrichissement. Si bien que la loi, à la suite d'une jurisprudence audacieuse, investit l'usufruitier d'un véritable pouvoir subsidiaire d'exercer le droit préférentiel de souscription.

La mise en œuvre de ce droit est d'autant plus complexe que ces deux facteurs conjuguent leur influence. C'est pourquoi, ce n'est qu'après avoir exposé quelques-uns de ses aspects positifs que l'on sera en mesure de dégager des conclusions relativement à la théorie du droit d'associé.

(130) BERMOND DE VAULX, *op. cit.*, p. 66.

(131) Trib. civ. d'Orléans, 16 mars 1943, précité.

(132) Art. 187 de la loi du 24 juillet 1966.

(133) Article 187 de la loi du 24 juillet 1966.

(134) Article 188, alinéa 1, de la loi du 24 juillet 1966.

125. — 1) Dans l'hypothèse où l'actionnaire et, à défaut l'usufruitier, souscrit des actions nouvelles, l'opération ne soulève pas par elle-même de difficulté; dans les deux cas, le premier en devient propriétaire, le second voit s'étendre l'objet de son usufruit (135). On remarquera toutefois que lorsque c'est l'usufruitier qui procède à la souscription, fort singulièrement, on se trouve à l'égard du nu-propriétaire en présence d'une sorte de « mise en propriété » forcée.

La cession du droit appelle en revanche des observations de deux ordres :

— En premier lieu, elle suppose que soit précisé son objet. En effet, s'il est évident que la vente emporte le transfert du droit de souscrire, il reste à s'interroger sur le sort de cette convention dans le cas où ne se réaliserait pas l'augmentation de capital projetée. Les tribunaux ont, chaque fois qu'ils ont été saisis de la difficulté, affirmé *le principe de la résolution* de la vente; mais pour parvenir à ce résultat, ils ont emprunté des intérêts différents. C'est ainsi que, dans une même affaire, le Tribunal de commerce de la Seine le justifiait par l'enrichissement sans cause (136) tandis que la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 19 mars 1957, énonçait la règle suivant laquelle : « la convention de cession de droits préférentiels de souscription des actions nouvelles est accessoire à l'augmentation de capital; elle en est inséparable, en suit le sort, et doit être résolue si la mise en souscription et l'augmentation de capital n'aboutissent pas pour des motifs qui doivent toutefois être étrangers à l'acquéreur des droits préférentiels de souscription » (137).

L'exactitude du raisonnement est incontestable, mais on peut se demander si la solution la plus élégante et la plus conforme à la réalité de l'opération, comme à la volonté des parties, ne serait pas celle qui s'appuierait sur le défaut de cause. Elle aurait le mérite de mettre en évidence la nature du lien unissant les deux prérogatives qui constituent en réalité l'objet de la cession; c'est, en tout cas, l'opinion soutenue par Jean Noirel : « A notre avis, explique-t-il, le droit préférentiel de souscription donne à l'acheteur un double droit, celui de souscrire tout d'abord, celui d'obtenir des actions ensuite. Si le second objectif ne peut être atteint, la vente est nulle pour défaillance de cause » (138).

— En second lieu, lorsque l'action est grevée d'un usufruit, la cession du droit qui lui est rattaché comporte un certain nombre de particularités. Si le propriétaire en est l'auteur, le produit de la vente naturellement lui appartient, sa jouissance étant cependant limitée

(135) Article 187 de la loi du 24 juillet 1966 ; *adde* MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, p. 579, n° 2058.

(136) Trib. Com. Seine, 19 nov. 1954, R.T.D. Co. 1955, p. 101, obs. RAULT.

(137) Paris, 19 mars 1957, D. 1958.234, note NOIREL, J.C.P. 1957.II.10.179, conclusions de M. l'avocat général Lambert.

(138) NOIREL, thèse précitée, p. 96, n° 127 ; même auteur, note sous Paris, 19 mars 1957, précitée.

par le droit concurrent de l'usufruitier. Mais si c'est ce dernier qui y procède, le nu-propiétaire pourra exiger de lui le remploi des fonds retirés de la vente, l'usufruit grevant les biens acquis dans ces conditions.

126. — 2) Ce qui frappe à l'examen de l'ensemble de ces solutions, c'est tout d'abord que le cloisonnement qu'opère classiquement le démembrement d'un droit entre les prérogatives du nu-propiétaire et celles de l'usufruitier, s'estompe laissant la place ici, au contraire, à leur étroite imbrication. Si bien que l'un et l'autre sont amenés à une sorte de collaboration dans l'exercice de leur droit respectif. C'est la preuve que les règles d'inspiration fondamentalement individualiste du droit commun ne peuvent être transposées à l'ordre sociétaire.

Si l'on s'interroge sur les causes de ce phénomène, on constate qu'elles tiennent à la qualité du droit de l'associé et au principe de valeur qui en gouverne le régime, ses utilités économiques ne procèdent pas *immédiatement* d'un bien « oisif » (139), mais d'un faisceau de prérogatives relatives à une masse de biens autonomes affectée à une entreprise collective. Certes, elles peuvent être théoriquement dissociées (le démembrement illustre cette assertion), mais leur complémentarité réelle, le lien qui les unit, ont nécessairement une incidence sur leur régime, dans la mesure où chacune de ces prérogatives encourt à fixer la valeur d'échange du titre.

Ce qu'il y a de remarquable dans le droit préférentiel de souscription, c'est qu'il joue en quelque sorte de « révélateur » des caractères propres au droit de l'actionnaire. Car si dans son principe il est l'expression des droits individuels sur le patrimoine social, sa mise en œuvre apparaît comme la réalisation de la valeur du droit, puisque le montant théorique du droit de souscription « est en principe égal à la perte de valeur que subit chaque action ancienne » (140). Ainsi se trouve-t-il au point de jonction entre le support de la valeur du droit d'associé et ses réalisations qu'il nous faut à présent examiner.

(139) CATALA, *Les transformations du patrimoine*, R.T.D. Civ., 1966, p. 185.

(140) MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, p. 580, n° 2063.

LA REALISATION DE LA VALEUR DU DROIT D'ASSOCIE

127. — Comme nous venons de le voir, l'absence de pouvoirs individuels immédiats sur les liens collectifs est compensée par une série de prérogatives pécuniaires qui concourent à maintenir, voire à augmenter, la valeur du droit d'associé lui-même; si bien que celui-ci doit être principalement analysé, non pas comme un bien « d'avoir » mais comme un bien « d'échange ». Il est donc naturel, encore que paradoxal, que sa réalisation réside moins dans ses utilités à l'intérieur de la société que dans sa cession; par voie de conséquence, le régime de celle-ci doit favoriser la libre circulation du droit. N'était-ce pas là, dès l'origine, la raison d'être de l'article 529 du Code civil. Tel est du moins le principe qui découle de la logique de l'ordre sociétaire (Section 1).

Mais ici encore on ne saurait méconnaître l'influence que peut avoir sur un principe la force du lien qui unit le patrimoine de l'associé à celui de la société. En d'autres termes, on ne peut pas passer sous silence la variabilité des effets internes de la personnalité morale.

Dans les sociétés en nom, nous le verrons, à la confusion quasiment parfaite des patrimoines, correspond la règle de l'incessibilité (relative, il est vrai) de parts sociales.

Au sein des sociétés de capitaux, on est amené à se demander si le nombre d'actions détenues par un associé dans la mesure où il lui confère le contrôle de la société, peut avoir une incidence sur la qualité même de son droit. C'est que le contrôle a la particularité de se présenter comme une forme nouvelle de « possession », de maîtrise des biens, engendrée et renforcée par l'accomplissement des vertus d'un véritable principe de valeur.

Dès lors, on est amené à s'interroger sur le point de savoir si le pouvoir de contrôle, attaché à un bloc d'actions, peut être librement cédé comme chacune des actions qui le composent (Section II).

SECTION I

LE PRINCIPE DE VALEUR
IMPLIQUE LA LIBRE CESSION DU DROIT D'ASSOCIÉ

128. — C'est en détachant, en quelque sorte, le droit d'associé de la personne de son titulaire qu'on lui donne la mobilité nécessaire à sa réalisation spéculative. Mais simultanément, on confère un nouveau contenu au concept de groupement personnifié, l'idée de *collectivité* s'effaçant pour laisser la place à celle plus *abstraite de système*, générateur de relations et de droits nouveaux.

129. — 1) Le statut récemment promulgué (141) des sociétés civiles faisant publiquement appel à l'épargne constitue une illustration topique de cette analyse; « il faut bien reconnaître, a-t-on pu écrire, soulignant la diversité réelle des groupements ayant adopté la forme de sociétés civiles, que le vocable « société civile » recouvre non seulement des réunions d'associés liés essentiellement par l'*affectio societatis* et l'*intuitus personae*, mais aussi maintenant de très vastes groupements de personnes qui s'ignorent totalement et qui recherchent seulement les substantiels profits que semble pouvoir donner la bonne gestion d'un patrimoine immobilier locatif » (142).

Le cadre juridique offert par les articles 1832 et suivants du Code civil à ce genre d'activité financière s'était révélé — à l'occasion de spectaculaires scandales — insuffisant à assurer efficacement la protection des intérêts des épargnants et à répondre de façon pleinement satisfaisante à leurs souhaits : leur responsabilité était largement engagée, et surtout, pour ce qui nous retient présentement, *leurs parts difficilement cessibles*.

Que la loi soit venue soumettre ce type de société à un ensemble de dispositions, le plus souvent voisines de celles applicables aux sociétés anonymes (143) met en lumière le fait que la finalité d'un groupement personnifié et sa dimension sont deux facteurs qui ont un effet déterminant sur les données du droit de la personnalité morale, et par voie de conséquence, sur la qualité de la situation de l'associé. Il s'agit moins pour celui-ci d'adhérer à une communauté que d'acquérir un droit original, productif de fruits, et dont la vente lui permettra de dégager une plus-value.

(141) Loi 70.1300 du 31 décembre 1970.

(142) R. DEVOS et P. ROUBAUD, *Les sociétés civiles autorisées à faire publiquement appel à l'épargne*, réf. not. 1971.29.843, p. 394, n° 2.

(143) Le projet du Ministère de la Justice proposant, en de nombreux points, la transposition pure et simple de mesures déjà en vigueur en droit des sociétés anonymes.

Il est alors significatif de cette conception que la loi du 31 décembre 1970, en limitant dans une certaine mesure la responsabilité de l'associé, ait *corrélativement favorisé l'échange de ses parts sociales* en instituant un véritable « marché interne ». Elle fait, en effet, dans son article 3, obligation à la société de tenir à son siège « un registre où sont recensées les offres de cession de parts, ainsi que les demandes d'acquisition portées à la connaissance de la société ».

Dans le même ordre d'idée, il n'est pas inutile, encore, de relever que le mécanisme de mise en œuvre des clauses d'agrément que la loi a organisé (144) s'inspire très directement de celui en vigueur dans les sociétés anonymes.

Certes, le régime du droit de l'associé d'une société civile faisant publiquement appel à l'épargne illustre davantage la *corrélation* qui existe entre la distension des relations entre associés et l'avènement d'un droit qui, par nature, à vocation à changer de main, que le principe de libre négociation lui-même; à vrai dire, ce n'est qu'au sein des sociétés anonymes qu'il se trouve être parfaitement consacré.

Il est remarquable, en effet, que ce soit uniquement dans ces sociétés que le droit de l'associé est incorporé à un titre normalement au porteur : l'action (145).

130. — 2) a) Cette incorporation a pour conséquence de « matérialiser » un droit incorporel et de lui donner les qualités qui caractérisent le régime des biens meubles corporels. Encore que cette transposition soit imparfaite, compte tenue de la substance même du droit incorporé. « Voilà donc un droit personnel transformé en droit de propriété corporelle et mobilière, le titulaire du droit n'a pas d'autres preuves à faire que celle de la possession du titre paisible non équivoque à titre de propriétaire pour être protégé; comme je le suis dans la possession de mon livre. Il transmettra le même droit de propriété par la tradition corporelle... Mais au moins si le titre est perdu ou volé, les règles des articles 2279 et 2280 du Code civil s'appliqueront-elles à l'*instrumentum*, bien que le *negotium*, le droit représenté ne soit pas un droit réel de propriété? Pas davantage. Ce titulaire dépossédé de la valeur mobilière, par perte ou par vol, devra procéder, conformément à la loi du 15 juin 1872, à la signification d'une double opposition : l'opposition est le procédé technique réservé au titulaire d'un droit de créance, elle sera signifiée au débiteur : la société » (146).

Le titre apparaît ainsi comme le point de jonction entre l'ordre sociétaire qui donne naissance à un droit incorporel, complexe et irréductible, aux classifications traditionnelles, et l'ordre individualiste commun qui reconnaît au détenteur du titre constatant ce droit, et

(144) Article 8 de la loi du 31 décembre 1970.

(145) Sur l'incorporation du droit dans le titre cf. LARGUIER, *La notion de titre en droit privé*, Paris, Dalloz, 1951, sp. p. 246.

(146) BERTRAND, *De la dialectique en droit privé positif*, D. 1951, sp. p. 152.

sur ce titre, des prérogatives habituellement attribuées au possesseur d'un bien mobilier corporel. Combinaison qui a pour conséquence évidente de favoriser grandement la circulation du droit; ainsi les instruments classiques viennent-il prolonger et vivifier le principe de valeur qui domine le droit de l'associé d'une société anonyme.

131. — *b)* Il reste cependant qu'une trop grande mobilité de l'action n'est pas dépourvu de dangers du point de vue de l'entreprise et donc indirectement de celui de l'associé.

— Que l'on envisage le problème sous l'angle de la concurrence tout d'abord et l'on constate que le principe de libre négociabilité des actions recèle le moyen pour un groupe étranger et concurrent de s'emparer de la maîtrise de la société.

— que l'on aborde ensuite la question d'un point de vue interne, et l'on observe que ce même principe peut être source d'une instabilité contraire à une gestion cohérente de l'entreprise dans la mesure où le pouvoir de décision à l'intérieur de celle-ci est lié à la détention du capital (147); étant précisé que naturellement ces inconvénients peuvent se cumuler.

C'est pour pallier que la pratique a, assez tôt, imaginé d'insérer, dans les statuts, une clause subordonnant l'adhésion des nouveaux actionnaires à l'agrément d'un organe social, Assemblée générale ou Conseil d'administration.

Sous l'empire du régime antérieur à celui institué par la loi du 24 juillet 1966, cette mesure avait soulevé des difficultés : la première étant que cette clause apparaissait antinomique avec le principe de libre négociabilité (148); la jurisprudence, approuvée par la doctrine, animée là encore de pragmatisme, l'avait toutefois validée à la condition qu'elle soit accompagnée d'une clause de préemption imposant à la société de désigner au cédant, un nouveau cessionnaire; il fallait éviter que celui-ci ne soit prisonnier de son titre (149).

Mais c'est précisément à l'occasion de la mise en œuvre de la clause de préemption qu'avaient surgi les plus sérieux problèmes : les uns étaient relatifs à la validité même de la clause (150), les autres, au calcul du prix offert au cessionnaire (151). A partir de là, s'était élaboré en jurisprudence le lourd et complexe édifice de la théorie du « juste prix ».

La loi de 1966 est venue clarifier la situation : son article 275 dispose en effet dans ses alinéas 2 et 3 que : « Si la société n'agrée pas le cessionnaire proposé, le Conseil d'administration, le directeur ou le gérant selon les cas, sont tenus, dans le délai de trois mois à

(147) CONTIN, thèse précitée, p. 704, n° 782.

(148) NOIREL, thèse précitée, p. 110, n° 145.

(149) NOIREL, *op. cit.*, *ibidem*.

(150) NOIREL, *op. cit.*, p. 11 et s., n° 146 et s.

(151) NOIREL, *op. cit.*, p. 116, n° 151.

compter de la notification du refus, de faire acquérir les actions soit par un actionnaire ou par un tiers, soit avec le consentement du cédant, par la société en vue d'une réduction du capital. A défaut d'accord entre les parties, le prix des actions est déterminé dans les conditions prévues à l'article 1868, alinéa 5, du Code civil.

Si, à l'expiration du délai prévu à l'alinéa précédent, l'achat n'est pas réalisé, l'agrément est considéré comme donné. Toutefois, ce délai peut être prolongé par décision de justice à la demande de la société. »

Ce texte, en consacrant le lien *nécessaire* entre la clause d'agrément et l'exercice de préemption, a transformé la nature de celle-ci; on n'est plus en présence d'un *droit*, mais d'une *obligation* mise à la charge de la société et destinée à préserver énergiquement le droit de l'actionnaire à la libre négociation de son titre : « La possibilité de racheter les actions, souligne Jean Lacombe, n'est nullement une prérogative reconnue à la société dans son intérêt, c'est pour elle un devoir édicté en faveur du cédant comme contrepartie de la faculté d'agrément du cessionnaire, reconnue à la société » (152).

La Cour de cassation a confirmé cette analyse, elle a opté pour une interprétation stricte de l'article 275, dissipant les ambiguïtés que contient son énoncé. Il prévoit, en effet, tout à la fois, que, dans le délai légal, la société « doit faire acquérir » les actions proposées en cession, et que la vente doit être « réalisée » (153). C'est cette seconde référence qu'a retenue la haute juridiction.

Dans un arrêt rejetant un pourvoi dirigé contre une décision de la cour d'appel de Paris (154) la Chambre commerciale a jugé que : « Selon les dispositions de l'article 275 de la loi du 24 juillet 1966 relatif à la clause statutaire d'agrément au cas où la société anonyme n'agrée pas le cessionnaire proposé par l'associé cédant désigne un actionnaire ou un tiers pour acquérir le titre cédé, la fixation du prix de cette acquisition reste à faire, soit par les parties, soit, à défaut d'accord entre elles, par un expert nommé dans les conditions prévues à l'article 1868, alinéa 5, du Code civil et cet achat doit être réalisé avant l'expiration du délai prévu par l'alinéa 3 de l'article 275 de la loi ou de sa prorogation. Lorsque le cédant n'ayant jamais manifesté la volonté d'accepter le prix offert par l'acquéreur désigné par la société, ou celui qui serait fixé par l'expert (celui-ci n'a déposé son rapport qu'après l'expiration du délai), les juges du fond considèrent, à juste titre, comme donné l'agrément de la société au cessionnaire proposé par le cédant » (155).

(152) LACOMBE, note sous Com., 3 avril 1973, D. 1973.580.

(153) HOUIN, obs. R.T.D. Co. 1973.807, n° 4.

(154) Paris, 26 oct. 1971, J.C.P. 1972.II.17239, note BERNARD ; Rev. soc. 1972.713, note GUILBERTEAU ; D. 1973.I.141, note LACOMBE.

(155) Com. 7 avril 1973.580, note LACOMBE ; R.T.D. Co. 1973.807, n° 4, obs. HOUJN ; Bull. civ. IV, n° 149, p. 129.

On ne peut inférer de cette solution deux règles originales et complémentaires qui conjuguent leurs effets pour assurer à l'actionnaire la libre initiative de la cession de son droit. Elles sont relatives à la manifestation de la volonté :

— d'une part, la notification de vente, faite par le cédant à la société n'emporte pas en elle-même consentement à la vente de son titre à la personne désignée par la société, fût-ce, après que l'expert aurait évalué son montant. « L'actionnaire, approuve un auteur, n'a, à aucun moment, pris l'engagement de céder aux acquéreurs proposés par le Conseil d'administration et l'article 275 n'oblige nullement à donner un tel consentement. On ne se trouve pas dans l'hypothèse d'une vente ou promesse de vente avec fixation du prix laissé à l'arbitrage d'un tiers (art. 1592 du Code civil) puisque l'actionnaire n'a pas consenti à la vente » (156) ;

— d'autre part, et à l'inverse la non-réalisation de la vente emporte nécessairement l'agrément du cessionnaire proposé par le cédant, malgré le refus expressément manifesté par hypothèse par la société.

132. — Le renforcement de l'obligation de préemption (157) s'accompagne-t-il d'un élargissement du domaine de l'agrément afin d'en accroître l'efficacité ? Quelle est la portée des clauses d'agrément ? Très précisément, leur champ d'application doit-il être limité aux non-associés, ou peut-il être étendu jusqu'aux actionnaires eux-mêmes ?

La réponse que cette question est susceptible de recevoir mérite d'autant plus l'intérêt que d'elle dépend la nature et le fondement même de l'agrément.

Au-delà des conséquences pratiques immédiates qui lui sont attachées, il faut encore observer que si la clause n'a pour seul objet que de fermer la société à des non-associés, elle participe alors, essentiellement, d'une conception véritablement *communautaire* de la société anonyme ; il y aurait là, d'une certaine manière, une résurgence de l'*intuitus personae*, entendu dans son acception traditionnelle, concrète. Au contraire, admettre qu'elle développe également ses pleins effets, à l'intérieur même de la société, implique qu'elle est davantage et principalement un procédé destiné à assurer la stabilité du contrôle des majoritaires sur le patrimoine social.

Si l'examen de la jurisprudence d'avant 1966, révèle la substitution de la seconde à la première de ces conceptions, les choses sont aujourd'hui moins nettes en l'état des dispositions de l'article 274, alinéa 1^{er}, de la loi nouvelle.

(156) HOUIN, observations R.T.D. Co. 1973, p. 809 ; il faut souligner ici que l'article 1868, alinéa 5, du Code civil, n'a pas en lui-même de fondement ni de nature constante, ils varient en fonction des hypothèses à l'occasion desquelles il est appliqué.

(157) Cass. com., 22 oct. 1969, J.C.P. 1970.II, note PAILLUSSEAU.

132 bis. — Il n'est pas douteux qu'à l'origine la validité des clauses d'agrément fut admise pour que certaines sociétés, en dépit de leur forme de société anonyme, conservent leur caractère familial. A partir de cette justification, malgré l'opinion contraire de certains auteurs (158), les Tribunaux estimaient que la libre transmissibilité des actions n'était pas de l'essence de la société anonyme (159).

Mais en 1956, la Cour de cassation allait imprimer une orientation nouvelle à la théorie de la clause d'agrément. L'Assemblée générale d'une société avait adopté une modification statutaire suivant laquelle toutes les cessions d'actions à des tiers, ou à des actionnaires, devaient être agréées par le Conseil d'administration. Il s'agissait, en quelque sorte, « d'une mesure d'ordre intérieur, un procédé de maintien et de contrôle de la majorité » (160).

Le Tribunal de commerce de Meaux, puis la cour d'appel de Paris (161), faisaient droit à la demande en nullité dirigée contre cette mesure par certains actionnaires. Pourtant, la Chambre commerciale, saisie d'un pourvoi, la déclarait bien fondée, en jugeant notamment : « que doit être cassé l'arrêt qui accueille l'action en nullité de certains actionnaires de la décision de l'Assemblée générale portant que les actions seraient désormais toutes nominatives, et subordonnant leur cession, *même entre actionnaires*, à l'approbation du Conseil d'administration, avec droit de préemption au profit de ce dernier en cas de refus d'agrément » (162).

C'est avec raison qu'un auteur, constatant que la clause d'agrément se présentait désormais comme le moyen pour la majorité « de se protéger contre un éventuel renversement de contrôle » (163) a pu induire de cette solution que : « la société anonyme comporte deux catégories d'actionnaires et que le contrôle est une prérogative qui peut être licitement réservée à l'une d'entre elles » (164).

N'est-ce pas là la conséquence inévitable de la disparition de toute réalité *communautaire* entre associés. C'est désormais, la notion plus abstraite de système qui domine leur relations qui tendent de la sorte à se « désincarner » ; ce sont les rapports entre les personnes et les biens, tout autant que ceux des individus entre eux, que le droit prend en considération.

(158) LYON-CAEN, RENAULT, AMIAUD, Tome II, 551.

(159) NOIREL, note sous Com., 22 octobre 1956, Grands arrêts de la jurisprudence commerciale, p. 185, n° 61.

(160) CONTIN, thèse précitée, p. 710, n° 788.

(161) Paris, 24 novembre 1954, D. 1955.I.236, note RIPERT ; J.C.P. 1955.II.8448, conclusions de M. l'avocat général LAMBERT et obs. BASTIAN.

(162) Cass. Com., 22 octobre 1955, D. 1957.177, note G. RIPERT ; J.C.P. 1956.II.9678, note D. BASTIAN ; Grands Arrêts Jurisprudence Commerciale, p. 185, n° 61, obs. NOIREL.

(163) CHAMPAUD, thèse précitée, p. 55, n° 52.

(164) CHAMPAUD, thèse précitée, p. 56, n° 53.

133. — Le législateur de 1966 a-t-il voulu censurer la règle dégagée par la jurisprudence ? Il est malaisé de fournir une réponse certaine à cette question. Le siège de la difficulté réside dans les termes de l'article 274, alinéa 1^{er}, de la loi. Ce texte qui énonce les cas où la clause d'agrément ne doit pas trouver application, ne vise pas expressément celui de la cession d'actions entre associés, mais il dispose : « Sauf en cas de succession, de liquidation de communauté de bien entre époux, ou de cession soit à un conjoint soit à un ascendant ou un descendant, la cession d'action à un tiers, à quelque titre que ce soit, peut être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts. »

La plus naturelle des démarches consiste à considérer que les tiers dont il s'agit sont les étrangers à la société, en sorte qu'au vu de ce texte, les clauses d'agrément ne devront pas s'appliquer aux cessions entre associés. C'est en tout cas le raisonnement retenu par la Chambre commerciale, dans un arrêt du 10 mars 1976 (165) selon lequel : « Il résulte des articles 274, alinéa 1^{er}, et 275 de la loi du 24 juillet 1966 que l'actionnaire d'une société par actions est libre de céder ses titres à un autre actionnaire sans qu'une telle cession puisse être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts. »

Il reste que la solution, qui restaure d'une certaine façon, une conception « communautaire » de la société anonyme peut appeler des réserves. On a très justement fait valoir que la notion de tiers est relative par nature ; spécialement doivent recevoir la qualité de tiers, toutes les personnes autres que celles dont la qualité est expressément définie dans cet article (166).

C'est d'ailleurs en faveur de cette interprétation que s'est prononcé le Garde des Sceaux ; interrogé sur le domaine d'application des clauses d'agrément, il répondait : « on peut penser que la jurisprudence qui, avant la réforme et en l'absence de texte, avait admis la validité des clauses d'agrément même entre actionnaires, sera confirmée. Seules seraient alors interdites les clauses d'agrément écartées formellement par le texte de l'article 274, alinéa 1^{er} » (167).

Certes, on sait que les réponses ministérielles ne sont revêtues d'aucune autorité juridique particulière, il n'empêche qu'elles constituent des indications significatives.

Sans doute, peut-on, en sens contraire, établir une comparaison avec le régime de cession des parts dans les sociétés à responsabilité limitée ; on sait, en effet, que cette cession est libre entre associés, alors qu'elle est subordonnée à l'agrément lorsque le cessionnaire est un tiers à la société (168). L'argument est d'autant plus intéres-

(165) Com. 10 mars 1976, J.C.P. 1976.II.18406, note RABOUT.

(166) CONTIN, thèse précitée, p. 723 et s., et n° 802 et s.

(167) J.O., Débats Ass. Nationale, 10 juin 1966, p. 1958. — OPPETIT, *op. cit.*, Les Réponses ministérielles, D. 1974, chr., p. 107, sp. p. 109.

(168) Article 47 de la loi du 24 juillet 1966.

sant qu'en de nombreux points la loi de 1966 a ajusté les règles gouvernant la société à responsabilité limitée à celles de la société anonyme.

Mais les analogies entre l'une et l'autre ne sauraient être excessivement sollicitées. L'*intuitus personae*, qui se manifeste dès la constitution de la société à responsabilité limitée, participe de sa nature même; cela est si vrai que le nombre de ses membres ne peut excéder cinquante. A l'évidence, les sociétés anonymes, et spécialement celles qui font appel publiquement à l'épargne, obéissent à une logique à cet égard foncièrement différente.

Il ne serait donc pas inconciliable à ce que les solutions retenues par la jurisprudence avant la réforme, soient maintenues; à travers elles, il apparaît qu'à côté de la frontière qui sépare la qualité d'associé de celle de non-associé, se fait jour, à l'intérieur même de la société, une nouvelle distinction qui oppose les majoritaires aux minoritaires.

Les règles positives qui gouvernent la matière des clauses d'agrément sont révélatrices de l'évolution suivie par la théorie de la personnalité morale des sociétés anonymes. Elle se présente dans sa perfection, comme une technique génératrice d'un système original, à l'intérieur duquel le droit des minoritaires et celui des majoritaires, pour être étroitement imbriqués l'un à l'autre, sont complémentaires mais n'ont cependant pas une même qualité.

Si l'obligation de préemption, singulièrement rigoureuse, qui pèse sur la société, vivifie le principe de libre circulation du droit (169), exprimant de la façon la plus pure, l'idée de valeur, en revanche, l'agrément est une des manifestations de cette forme nouvelle de maîtrise économique des biens : le contrôle.

Mais dès lors en tant qu'il procède de la détention d'un « bloc d'actions » peut-il être comme chacune d'elles librement transmis ?

SECTION II

CONTROLE ET LIBRE CESSION DES ACTIONS

134. — La cession d'actions est sans nul doute un moyen efficace et avantageux de transférer le contrôle d'une société (170). Mais précisément, ces avantages ne tiennent-ils pas au fait que l'on applique

(169) Cass. Com., 22 oct. 1969, J.C.P. 1970.II, note PAILLUSSEAU.

(170) OPPETIT, *La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions*, J.C.P. 1970.I.2361. Dans cette pénétrante étude, l'auteur met clairement en évidence les avantages économiques, techniques et fiscaux d'une telle opération, sp. n° 9 à 18 ; mais avantages pour qui et par rapport à quoi ?

le principe de libre négociabilité qui procède de l'idée d'échange de *valeur* à une opération dont l'objet réel est l'aliénation de la *maîtrise* des prérogatives de la personne morale de la société, et au-delà de celles des *biens* qui lui appartiennent.

Il y a là une distorsion qui explique les dangers du procédé. C'est une voie qui, en l'absence de procédure *d'approbation particulière par les organes sociaux*, peut permettre à un concurrent, cessionnaire, une fois acquise la mainmise sur la société, d'adopter dans sa gestion, une politique qui, pour être conforme à l'intérêt du groupe, sera contraire à l'intérêt de la société contrôlée (171).

Au surplus, l'opération emporte en elle-même une différenciation dans la condition des associés, dans la mesure où la vente, réalisée dans ces circonstances, se fait très généralement à un prix d'un montant sensiblement supérieur au montant théorique de la somme de chacune des actions cédées. Certes, un auteur a pu, au prix d'un élégant raisonnement, tenter de démontrer qu'il n'y avait là que la conséquence normale et inéluctable de la loi de la majorité : « Sachant qu'une société, écrit-il, est gouvernée par la loi brutale de la majorité, sans pondération, tenant compte du pouvoir minoritaire, il est évident que le bloc d'actions majoritaire sera plus recherché et donc surévalué. On notera cependant que cet effet inéluctable du pouvoir majoritaire ne crée nullement une rupture d'égalité entre actionnaires, mais provoque simplement une différenciation de valeur des droits sociaux : la valeur de l'action est directement fonction de son pouvoir dans le vote » (172).

L'analyse en soi paraît exacte, encore ne faut-il pas perdre de vue que la majorité dont il s'agit est une majorité *en capital*, avec les implications que cette précision comporte relativement au lien qui unit le patrimoine de l'associé à celui de la société.

Justifier la différence de valeur du droit des actionnaires majoritaires et minoritaires, n'est-ce pas, d'une certaine manière, démontrer « l'hétérogénéité » du groupement ?

A notre sens, cette surévaluation, qui recèle en elle-même une rupture d'égalité *réelle*, est la manifestation tangible du fait que l'associé majoritaire se trouve à la tête d'un droit d'une qualité différente, à certains égards, de celle du droit de l'associé qui ne contrôle pas la société.

135. — Cette dernière observation nous permet de cerner avec exactitude les termes et l'objet du problème qui nous retiendra. Il s'agit moins du point de vue où nous plaçons notre démonstration, d'envisager la situation des minorités d'une société insérée dans un

(171) CHAMPAUD, *Les méthodes de groupements des sociétés*, R.T.D. Co. 1967, 1022, n° 19.

(172) SCHMIDT, *Quelques remarques sur les droits de la minorité dans la cession de contrôle*, D. 1972, p. 223 et sp., p. 224, n° 7.

groupe à la suite d'une opération de concentration, que d'aborder le problème du transfert du contrôle par cession d'actions en lui-même. Entendons. On a très justement fait remarquer qu'une fois acquise, la subordination d'une société à une autre, le dommage qui peut en résulter, sur le patrimoine des associés minoritaires, de la première, n'est pas propre à la technique de cession d'actions, il apparaît également lorsque la concentration se fait par d'autres moyens (173). La doctrine est d'ailleurs unanime à solliciter une réglementation du droit des groupes de société (174); elle a accueilli favorablement la proposition de loi Cousté relative à cette question, encore qu'elle n'ait pas manqué d'en souligner les insuffisances (175).

Les divergences se font jour, en revanche, lorsque l'on pose la question de savoir si la « cession de blocs d'actions » doit être soumise à un régime particulier; c'est ce point précis que nous examinerons; car sa réponse emporte nécessairement des conséquences quant au concept de personnalité morale des sociétés. Autrement dit, nous ne nous situons pas *a posteriori*, mais *a priori*, au moment où la société perd son autonomie.

136. — A l'évidence, la solution de ce problème implique qu'un parti soit pris, quant à la définition et quant au contenu de la notion de contrôle, dont on sait qu'elle est mal aisée à saisir, ne pouvant être identifiée à aucune catégorie juridique préexistante (176).

Si l'on conçoit le contrôle comme « le droit de décider dans les assemblées générales et de donner des ordres de direction en vertu de prérogatives juridiques conférées aux détenteurs d'actions » (177), on lui donne une signification « d'ordre politique »; il est une fonction exercée au sein d'une collectivité authentique. On raisonne principalement alors, en terme de personnes, et l'on méconnaît dans une certaine mesure, il est vrai, l'importance du capital. Aussi bien cette analyse conduit-elle au rejet de toute réglementation particulière de la cession de « bloc d'actions ».

Cette première conception qui témoigne d'une parfaite orthodoxie, repose sur une approche « démocratique » de la société anonyme. Il reste à se demander s'il n'y a pas une sorte d'inconséquence à solliciter d'un côté, une fois l'opération de concentration réalisée, la protection des minorités par des procédés divers (versement d'une indemnité compensatrice, rachat des actions ou échange d'actions) qui, tous, révèlent le particularisme et de la condition économique

(173) OPPETIT, *chron. précitée*, sp. n° 32.

(174) CHAMPAUD, *op. cit.*, sp. n° 18, p. 1022. — OPPETIT, *chron. précitée*. — SCHMIDT, *chron. précitée*, sp. p. 227.

(175) RODIÈRE, *La protection des minorités dans les groupes de société*, Rev. soc. 1970.149. — PAILLUSSEAU, *Faut-il en France un droit des groupes de sociétés*, J.C.P. 1971.I.2401 bis.

(176) *Supra*, p. 185 et s. — CHAMPAUD, *thèse précitée*, p. 133, n° 141.

(177) OPPETIT, *chron. précitée*, sp. n° 3.

de l'associé non dirigeant, et de celle de l'associé majoritaire, et à nier d'un autre côté cette différenciation au moment où se fait l'opération.

Si l'on envisage, en revanche, le contrôle dans la réalité de ses conséquences économiques, c'est-à-dire si l'on prend en considération le fait *décisif* qu'il implique pour son titulaire, la maîtrise, par une technique originale, d'un ensemble de *biens*, il est alors naturel qu'on subordonne son aliénation à des règles spécifiques. Cette seconde analyse, à laquelle nous nous rallions, sous réserves des restrictions que nous avons cru devoir lui apporter (178), conduit à admettre qu'entre la propriété individuelle parfaite d'un fonds de commerce et celle de l'action, il existe une sorte de droit intermédiaire, participant du premier dans ses pouvoirs, et du second dans sa source, et relatif à une catégorie de bien incorporel nouveau, le « bloc d'actions ».

A vrai dire, le choix entre l'une ou l'autre de ces propositions doctrinales revient à résoudre la difficulté de savoir si le nombre d'actions détenues par un associé peut avoir une incidence qualitative sur le régime de son droit.

137. — La controverse n'est pas restée théorique : la Cour de cassation, en effet, a eu à en connaître, à l'occasion d'une affaire devenue depuis lors célèbre (179). Un actionnaire minoritaire d'une société anonyme demandait la nullité d'un transfert à une autre société d'un groupe d'actions représentant 67 % du capital, alors pourtant que l'opération s'était faite, conformément aux statuts, avec l'agrément du Conseil d'administration, lequel avait au surplus été entériné par une décision de l'Assemblée générale extraordinaire.

La Cour de Rennes accueillit sa requête (180) relevant notamment que :

— d'une part, la transaction, objet du litige, « *excédait les pouvoirs* du Conseil d'administration qui n'aurait pu y procéder qu'après en avoir expressément reçu mandat de l'Assemblée générale extraordinaire... qu'il n'avait pas le pouvoir d'autoriser *l'apport massif* d'actions consenties par des actionnaires à une société concurrente » ;

— d'autre part, « faute d'avoir été éclairée par un ordre du jour suffisamment explicite sur les caractères et la portée exacte de l'opération réalisée, ils (les actionnaires) n'avaient pu valablement ratifier les décisions nulles du Conseil d'administration ».

La règle ainsi formulée ne laisse place à aucune hésitation quant à son interprétation. Le « bloc d'actions » majoritaire doit, selon

(178) *Supra*.

(179) Com. 21 janvier 1970, Bull. civ 1970.IV, p. 28, n° 28 ; Rev. soc. 1970, p. 292, note J.G.

(180) Rennes, 23 février 1968, J.C.P. 1969.II.16122, note PAILLUSSEAU et CONTIN ; *adde* OPPETIT, chron. précitée, J.C.P. 1970.I.2361, sp. n° 35 à 37.

l'opinion des conseillers d'appel, être, de par sa nature même, soumis à une réglementation spécifique dont la violation sera sanctionnée par un abus de droit aux contours originaux.

La Chambre commerciale, dans son arrêt remarqué du 21 janvier 1970 (181), cassa cette décision; après avoir souligné que les faits de la cause ne pouvaient légitimement justifier l'application de la théorie de l'abus de droit, la Haute juridiction énonce encore : « que les statuts, en leur article 10, soumettent sans distinction à l'agrément du Conseil *toutes cessions d'actions* à titre gratuit ou onéreux à d'autres qu'à des actionnaires, et que la cour d'appel en a dénaturé le sens et la portée en refusant de faire application dudit article 10 aux apports litigieux ».

On remarquera, avant que d'entreprendre l'analyse critique du principe ainsi dégagé par la jurisprudence de la Cour de cassation, que l'espèce en elle-même, n'était pas de nature à soutenir efficacement l'audacieuse initiative de la cour d'appel; il n'est pas inutile, en effet, de relever que l'offre d'achat de la société cessionnaire avait été adressée à tous les actionnaires (y compris au requérant) que les informations données à l'Assemblée étaient exactes, et qu'enfin le comité d'entreprise avait pris une résolution favorable à l'opération projetée; aussi bien la solution d'espèce retenue par la Cour suprême n'est-elle pas dépourvue d'équité.

Ce n'est pas dire qu'il faille l'approuver dans son principe directeur (182); celui-ci suppose, en effet, qu'aucune distinction ne doit être faite entre la cession d'actions et la cession d'un bloc de contrôle; or, n'est-ce pas là un manque de « réalisme » qui va dans le sens opposé à celui vers lequel s'oriente le droit des sociétés dans son ensemble. Certes, l'orthodoxie est souhaitable, car elle porte en elle-même une des principales vertus juridiques : la sécurité. Mais doit-elle justifier que l'on méconnaisse totalement les données du réel ?

On observera que c'est faire preuve de réalisme que de favoriser, dans un système économique libéral, la concentration des entreprises, mais l'argument renferme sa propre critique.

Si la cession d'actions habille une opération de concentration, n'est-ce pas alors, dans le droit des *fusions*, qu'il faut aller chercher l'inspiration des règles qui la gouverneront ? L'éventualité de cette objection n'a pas échappé à la Cour de cassation qui souligne que la cour d'appel elle-même avait constaté « que la société avait conservé son existence propre et sa personnalité juridique »; elle fait ainsi implicitement référence à la technique de la fusion-absorption qui,

(181) Com. 21 janvier 1970, Bull. civ. IV, p. 28, n° 28 ; Rev. soc. 1970, p. 292, note J.G.

(182) BERMOND DE VAULX, *L'usage de la notion de contrôle par le Conseil d'Administration ou le directoire dans les sociétés anonymes*, J.C.P. 1970.I.2366, sp. pp. 17 à 19 ; cf. cependant OPPETIT, chron. précitée, J.C.P. 1970.I.2361, n° 38 à 42.

seule, légitimerait l'exclusivité des pouvoirs de l'Assemblée générale extraordinaire.

Il reste alors à s'interroger sur le point de savoir si la procédure lourde et complexe qui entoure une fusion-absorption est justifiée uniquement par la disparition de la société en soi, ou par les atteintes graves au droit des associés minoritaires que cette disparition peut engendrer.

En déclarant que l'agrément d'une cession de contrôle ressortissait à la compétence de l'Assemblée générale, la cour d'appel avait ouvert une voie intermédiaire entre la libre négociabilité et la procédure de fusion-absorption qui, conforme à la réalité, était protectrice de tous les intérêts en cause.

Au demeurant, elle s'appuyait sur une définition de l'abus de droit, qui, pour être différente de celle habituellement retenue par la Cour de cassation en droit des sociétés (183) n'est pas totalement étrangère à notre système juridique. Il ne paraît pas inopportun d'évoquer ici l'abus de droit dans son acception fiscale qui consiste dans le fait de couler une opération donnée dans un moule juridique qui n'est pas *naturellement* le sien (184). Certes, il n'y a pas identité parfaite entre cette conception et celle retenue par les juges d'appel, mais leur parenté est évidente.

En tout état de cause, l'abus de droit ne peut être qu'un palliatif jurisprudentiel; il serait souhaitable que des dispositions législatives instituent des mécanismes préventifs qui tiennent compte du particularisme du contrôle. Il faut voir, dans la réglementation mise en place, — conformément à l'avis de la Commission des opérations de Bourse — par l'arrêté du 6 mars 1973 (185), l'amorce d'un mouvement dans ce sens.

Elle fait obligation à l'acquéreur d'un bloc de contrôle soit de procéder par voie d'offre publique d'achat ou d'échange, soit d'adresser une demande motivée à la Chambre syndicale des agents de change qui appréciera si l'opération porte bien sur un transfert de contrôle : dans l'affirmative, il sera procédé à une publication spécifique et l'acquéreur sera tenu d'acheter en Bourse les titres objet de l'opération durant dix séances : « on est loin, a-t-on pu écrire, commentant ce texte destiné à rétablir l'égalité entre associés, de la position prise par la Cour de cassation dans l'affaire Cassegrain Saupiquet, qui n'a vu dans une cession de contrôle qu'une cession d'actions » (186).

(183) Com. 18 avril 1961, précité.

(184) Art. 1649 *quinquies*, B.GGI ; Jean SCHMIDT, *Les choix fiscaux du contribuable*, D. 1974, p. 23 et sp. p. 29.

(185) J.O., 15 mars 1973.2804 ; MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n° 2575 et 2576, p. 700 ; R.T.D. Co. 1973, p. 273, obs. HOUIN.

(186) HOUIN, R.T.D. Co. 1973.275.

Mais cette mesure dont le domaine est limité (spécialement elle semble ne viser que les actions cotées) est, par là même, insuffisante.

La solution la plus satisfaisante reste à notre sens, aujourd'hui encore, celle que préconisait Claude Champaud pour qui : « la création de titres conférant et constatant la qualité d'actionnaire de contrôle, paraît particulièrement souhaitable ; elle permettrait d'éviter la plupart des inconvénients présentés par les procédés actuels d'acquisition et de stabilisation du contrôle (187).

Cette proposition a tout d'abord l'avantage de dissiper les incertitudes attachées à la définition du droit de contrôle, car elle en combine nécessairement l'élément *objectif* (la quantité d'actions détenues) et l'élément *subjectif* (la volonté manifestée par son titulaire de maîtriser les prérogatives de la personne morale de la société) ; ensuite et surtout, elle s'inscrit de façon cohérente dans l'ensemble des mesures positives qui déjà traduit, d'une certaine manière, la réalité juridique du contrôle.

La nouvelle signification des clauses d'agrément, la renaissance de la responsabilité individuelle des dirigeants sociaux, et plus généralement la résurgence de l'*intuitus personae*, sont autant de signes — et de conséquences — de la prise en considération par le droit de la relation originale entre les personnes et les biens qu'il suppose. Ces concepts ne font-ils pas partie intégrante du système juridique classique, dominé par l'idée de « possession » ?

Mais ce qu'il importe de souligner, c'est qu'ils n'ont pas ici le contenu qui était le leur à l'origine « l'*intuitus personae*, nouveau style, envisage *abstraitement* une ou plusieurs qualités de l'individu ; à caractère surtout négatif, il ne suppose pas la connaissance de la personne qui est son objet et ne suffit pas à l'identifier » (188).

Cela tient au fait que le contrôle est une forme nouvelle de « possession » engendrée par le plein accomplissement des virtualités du principe de valeur que renferme nécessairement la personnification des sociétés.

C'est la raison pour laquelle, pour présenter, à certains égards, des traits identiques à ceux du droit d'associé de certains groupements de type sociétaire qui restent marqués par l'individualisme traditionnel, le droit de contrôle a des vertus, et donc un régime, essentiellement différents. C'est qu'il n'est pas, comme celui-là, la résultante de la survie à l'intérieur du système sociétaire du principe classique de possession.

(187) CHAMPAUD, thèse précitée, p. 135, n° 193.

(188) CAMERLYNCK, thèse précitée, p. 23.

CHAPITRE II

Droit d'associé et survie d'un principe de possession.

138. — A l'évidence, la coexistence du système sociétaire et du principe de possession engendre une contradiction dont chacun des termes exerce sur l'autre une influence opposée.

S'il est vrai que certaines prérogatives, dont l'objet se rattache à l'individualisme classique, s'accommodent malaisément de la personnalité morale qui en affecte l'étendue, les caractères, mais encore la nature, il est tout aussi vrai d'observer que, lorsque le principe de possession constitue une dominante de l'ordre sociétaire, il affecte le régime du droit d'associé dans son ensemble, il lui fait perdre sa souplesse.

Ainsi, ce donné conflictuel se trouve-t-il à l'origine de prérogatives spécifiques contenues dans le droit d'associé, mais également parfois du particularisme de son régime. C'est de ce double point de vue que nous nous placerons.

LES PREROGATIVES DECOULANT DU PRINCIPE DE POSSESSION

138 bis. — Deux droits individuels reconnus aux adhérents de certaines sociétés constituent la manifestation à la fois la plus significative et la plus tangible de la persistance de l'individualisme commun au sein du système collectif créé par elle :

Le premier procède directement de l'étroitesse du lien qui unit par hypothèse le patrimoine de la société à celui des associés. Il s'agit du *droit de jouissance* et d'usage que ceux-ci peuvent exercer sur les biens (largement entendus) composant le fonds social (1), que l'on rapprochera du *droit d'utilisation privative* des services organisés par certains groupements (2) avec lequel il peut d'ailleurs se confondre.

Le second traduit le souci du législateur de préserver l'individu contre une emprise excessive du collectif. L'adhérent ne doit pas être « prisonnier » du groupe : c'est la faculté qui lui est donnée de s'en retirer (3).

Deux remarques liminaires doivent cependant être faites à leur sujet.

139. — Il serait inexact en premier lieu de penser que l'un et l'autre présentent dès lors qu'ils sont reconnus à l'associé, un aspect toujours identique. A la vérité, en tant qu'ils sont des éléments d'un

(1) Art. 1859, alinéa 2, du Code civil. Droit de jouissance du candidat propriétaire dans les sociétés immobilières d'attribution, Loi du 13 juillet 1971. Droit d'usage au sein des sociétés dites de multi-propriété. Cf. à ce sujet, DAgOT et SPITERI, *A la recherche de la multi-propriété*, J.C.P. 72.I.2481.

(2) Comme c'est le cas pour les groupements d'intérêt économique, les sociétés civiles professionnelles de moyens, certaines sociétés coopératives.

(3) Art. 1869 du Code civil : Droit de retrait dans les sociétés à capital variable, Droit de retrait dans les sociétés immobilières d'attribution, Droit de retrait dans les groupements d'intérêt économique, Droit de retrait dans les sociétés civiles professionnelles.

tout, ils subissent le jeu des facteurs qui fait la particularité de l'ensemble : finalité, objet, durée, forme de la société, exercent sur eux une action directe qui a pour conséquence de modifier leur étendue et leurs modalités de mise en œuvre. De telle manière que l'on peut affirmer qu'il existe plusieurs droits de jouissance et d'usage et plusieurs facultés de retrait dépendant notamment de la durée de la société, et de la cessibilité des titres.

Cette assertion ne répond pas uniquement à une préoccupation théorique. Elle indique surtout que l'opposition individuel/collectif qui pourra se révéler à l'occasion de la réalisation de ses droits, se posera en termes différents selon les cas, prenant un tour plus ou moins aigu et sera surmontée suivant des règles particulières.

On notera en second lieu et dans le prolongement de ce qui précède qu'il y a entre l'un et l'autre un lien logique qui résulte de la cohérence du système auquel ils appartiennent. C'est ainsi que le droit de retrait sera d'autant plus facilement exercé que le droit de jouissance sera individualisé et que sera moins pesante la réalité collective. En sorte que c'est à partir d'un même fil conducteur qu'il faudra rechercher les solutions aux éventuels conflits associé/société que recèle leur mise en œuvre. Ce que leur analyse respective illustrera.

SECTION I

LE DROIT DE JOUISSANCE

140. — Parce que le droit de jouissance implique pour son titulaire un pouvoir immédiat sur les biens composant le fonds social, sa reconnaissance porte en elle-même un principe antinomique de celui de personnalité morale (4). Aussi est-il délicat d'en saisir la nature et d'en préciser les conditions d'exercice et cela d'autant plus qu'il renferme, suivant les groupements envisagés, un degré d'individualisation plus ou moins élevé. Ce qui interdit de ramener son analyse à un cadre unique.

Sans doute, ce droit est-il attribué aux membres de nombreux groupements personnifiés (5) mais, là encore, sa définition, et au-delà sa signification, varieront en fonction des facteurs qui nous ont précédemment retenus. A l'extrême, on pourrait dire qu'à la diversité

(4) DELHAY, thèse précitée, p. 106 et s., n° 64, qui évoque l'application de l'article 1859, alinéa second, du Code civil aux indivisions.

(5) Sociétés coopératives, groupements d'intérêts économiques, groupements agricoles, sociétés civiles professionnelles de moyens, sociétés professionnelles, sociétés immobilières d'attribution, sociétés dites de multi-propriétés, sociétés particulières.

des personnes morales, à l'intérieur desquelles est consacré le droit individuel de jouissance, correspond la diversité du droit lui-même.

On observera toutefois à cet égard que deux types de situations peuvent être distingués :

- celle, d'une part, où le droit de jouissance et d'usage n'est qu'un élément accessoire contenu dans un pouvoir plus large d'administration, ce que l'on rencontre dans certaines sociétés intégrées (6) ;
- celle, d'autre part, où il constitue en revanche l'utilité principale du droit de l'associé, il est en quelque sorte la cause déterminante de son adhésion aux groupements ; ce sera le plus souvent le cas dans les sociétés non intégrées.

Dans la seconde de ces hypothèses, son « individualisation » est sensiblement plus prononcée que dans la première. Deux exemples viendront étayer cette remarque : le droit de jouissance et d'usage découlant de l'article 1859 (alinéa second du Code civil) tout d'abord, le droit de jouissance de l'associé, candidat propriétaire d'une société immobilière d'attribution ensuite.

Sous-Section I

LE DROIT INDIVIDUEL DE JOUISSANCE DE L'ARTICLE 1859 (alinéa 2 du Code civil)

141. — Le problème posé par la reconnaissance aux associés des sociétés civiles particulières d'un droit d'usage personnel des choses de la société, doit nécessairement être abordé dans une perspective historique. Ses données apparaîtront à l'énoncé de l'article 1859 (al. 2 du Code civil) suivant lequel « chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit ».

Au-delà de la permanence de ses termes et en dépit d'une jurisprudence peu abondante, il reste à s'interroger sur le point de savoir si la philosophie générale du texte est restée constante. La réponse ne peut être que négative.

(6) Il convient de rappeler ici la distinction faite à partir du critère d'intégration : sont considérés comme non intégrés les groupements qui permettent à leurs adhérents d'acquérir un droit dont les *utilités* sont voisines d'un droit subjectif classique, par voie de conséquence, il existe une certaine indépendance des membres les uns par rapport aux autres. L'individualisation est très prononcée, citons en exemple : sociétés immobilières d'attribution, C.I.E., sociétés civiles professionnelles de moyens. A l'inverse, les groupements dont les membres ont un droit totalement original aux utilités spécifiques et qui implique une « collectivisation » prononcée, seront qualifiés « d'intégrés ».

On ne saurait aujourd'hui donner un contenu logique, identique à celui qui fut primitivement le sien. L'évolution s'est faite par la substitution d'un droit de type sociétaire, à un droit de type indivisaire. Ce qu'il nous appartient de démontrer.

141 bis. — Il importe, en effet, de ne pas perdre de vue que, dépositaires en cette matière — comme en d'autres — de la pensée de Pothier, les rédacteurs du Code civil ont, comme ce dernier (7), envisagé la société comme une sorte d'indivision d'un genre particulier et cela fort naturellement parce qu'elle n'était pas dotée de la personnalité juridique.

L'idée de coexistence de droits privatifs concurrents a donc inspiré l'élaboration du régime de la société civile. C'est la raison pour laquelle certaines des dispositions applicables à ces dernières furent étendues à l'indivision.

Ce fut le cas de l'alinéa 2 de l'article 1859 du Code civil : « il ne semble pas possible, en effet, explique M. Delhay, ni dans l'indivision, ni même dans la société de priver de tout usage personnel des biens communs les différents membres du groupement » (8).

Cependant, le droit de la société civile allait par étapes successives : s'éloigner de celui de l'indivision et acquérir par rapport à ce dernier une véritable autonomie.

Relativement au texte ici commenté, les premières différences que l'on fut amené à souligner, tenaient non pas au principe du droit mais à ses modalités d'exercice; car, s'il est vrai que « en toute hypothèse, plusieurs personnes ne peuvent user de la chose sans une délimitation de leurs prérogatives respectives » (9), il n'est pas moins exact que les facteurs, intervenant dans le choix du critère de cette délimitation, seront variables; Troplong pouvait ainsi écrire : « dans les sociétés, il n'y a un intérêt commun auquel doit se subordonner l'intérêt particulier des associés. Il y a une jouissance sociale préférable à la jouissance privée des membres de l'association. Dans la communauté, il n'en est pas de même : chacun jouit pour soi, pour sa commodité, pour son bien-être, sans avoir à se préoccuper de la commodité et du bien-être des autres communistes, sans s'inquiéter d'un but commun, auquel il faudrait sacrifier son intérêt particulier » (10).

Cette analyse avait le mérite :

- d'une part, de tirer pleinement parti des limites et conditions mises au libre exercice du droit d'usage, par le texte lui-même;
- d'autre part, d'accuser l'originalité du régime sociétaire.

(7) POTHIER, *Coutumes d'Orléans*, œuvres complètes, Editions Bugnel, Paris, 1820, sp. traité du contrat de société, appendice 1^{er}, n° 85 à 87, cité par DELHAY, thèse précitée, p. 106, note 84.

(8) DELHAY, thèse précitée, p. 107, n° 64.

(9) DELHAY, thèse précitée, p. 107, n° 64.

(10) TROPLONG, *Sociétés*, I, p. 36, n° 26, cité par DELHAY, *op. cit.*, p. 108, n° 64.

142. — La jurisprudence devait la consacrer par la reconnaissance de la personne morale aux sociétés civiles (11). Dès lors, les termes du problème présentement étudié, étaient affectés dans leur nature. La personnification du groupement étant, *a priori*, exclusive de toute appropriation individuelle.

Or, il ne faut point s'y tromper, malgré quelques aménagements dans ses modalités d'exercice, à l'origine, le droit d'usage prenait indéniablement sa source dans l'idée que chacun des associés était copropriétaire. Il existait donc un lien certain entre la reconnaissance de *cette prérogative individuelle et l'idée d'appropriation collective*; que le groupement soit personnifié rompt ce lien. Il devient impossible dans l'optique classique de justifier le droit de jouissance, dès lors que l'on affirme que seule la société est propriétaire des biens apportés. Cette incompatibilité n'a pas manqué d'être relevée et critiquée par une partie des auteurs (12).

Cependant que d'autres tentent d'en concilier les éléments contradictoires en insistant sur le double fait que l'article 1859, alinéa 2, « exige que l'associé emploie les choses à leur destination fixée par l'usage et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société » (13).

A partir de là, on confère à ce droit un caractère accessoire, ou plus précisément « alternatif ». L'associé ne pourra l'exercer que lorsque la société n'en use pas elle-même et cela dans le respect du droit des autres coassociés (14). Raisonement qui, curieusement, repose, semble-t-il, sur le constat de l'existence de deux indivisions : successive d'une part, entre chaque associé et la société, simultanée de l'autre, entre les coassociés.

Cette dernière analyse doctrinale repose sur une démarche complexe et au demeurant trop étroitement dépendante d'une vision traditionnelle du droit d'usage pour être satisfaisante. Elle ne tient pas compte de l'importance qualitative du phénomène de la personnalité morale.

En réalité, un point ne semble pas avoir été suffisamment mis en évidence par les auteurs et qui permet, tout en restant fidèle aux données littérales, d'accommoder cette prérogative avec l'évolution suivie par la théorie de la personnalité morale. L'article 1859 du Code civil, comme ceux qui le précèdent immédiatement, gouverne l'administration de la société; est-il besoin de rappeler qu'il énonce *in limine* : « à défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, on suit les règles suivantes... ».

Sans doute, comprend-on que cela n'ait que peu attiré l'attention de la doctrine, dans la mesure où dans le silence des statuts tous les

(11) Req. 23 février 1891, D. 1891.I.337, S. 1892.I.73, note MEYNIAL.

(12) Cf. notamment HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 178.

(13) JAUBERT, *Jurisclasseur civil*, articles 1848-1864, fasc. VI, n° 91.

(14) JAUBERT, *op. cit.*, *ibidem*.

associés sont réputés gérants. Il n'empêche qu'ils seront investis des prérogatives visées dans cet article, davantage en leur qualité de gérant qu'en celle d'associé.

Objectera-t-on que le libellé profondément individualiste du texte peut faire obstacle à cette analyse; on répondra par les raisons historiques déjà évoquées. Initialement, indivision et société sont si proches qu'il est normal que tout associé soit gérant, il y a une tendance naturelle à confondre ces deux qualités; mais cette confusion ne saurait faire oublier que le droit d'usage se présente comme un corollaire du pouvoir d'administration de la société, ce qu'il est, certainement, mais exclusivement.

C'est en tout cas l'interprétation qui paraît aujourd'hui la plus opportune; elle semble s'imposer. Il s'agira moins pour l'associé d'exercer un droit d'usage dans son propre intérêt sans porter atteinte à l'intérêt de la société, que d'utiliser les biens de celle-ci dans le seul intérêt social en tant qu'il en est un agent représentatif.

La loi de 1966 — dont on a dit qu'elle a marqué une étape vers « l'institutionnalisation » des sociétés en nom collectif (15) nous préférerons dire qu'elle a renforcé leur personnalité morale — comme les débats qui ont précédé son vote invitent à cette analyse —. L'article 13, alinéa 2 (16) n'a-t-il pas été présenté comme une contraction des pouvoirs décomposés dans les articles 1856 à 1859 du Code civil? « Pour ce qui est des pouvoirs du gérant dans les rapports entre associés, l'article 11 (aujourd'hui art. 13) note M. le Douarec, confirme pratiquement le droit positif et ne fait que reprendre la substance des dispositions du Code civil (art. 1856, 1857 et 1859) » (17).

On ajoutera encore que les rédacteurs du projet de loi, modifiant les articles 1832 et suivants du Code civil, ont défini de la même façon les pouvoirs des gérants par une formule à la fois plus concise et plus générale (18).

143. — On a cru pouvoir annoncer le « renouveau » de l'article 1859, alinéa 2, du Code civil (19). Observation qui se fonde sur le constat de la multiplication des groupements personnifiés au sein desquels est attribué aux associés un droit individuel de jouissance sur les biens sociaux.

(15) DERRIDA, *op. cit.*, in *Mélanges Audinet*.

(16) « En cas de pluralité de gérants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs prévus à l'alinéa précédent, sauf le droit pour chacun de s'opposer à toute opération avant qu'elle soit conclue ».

(17) Rapports LE DOUAREC, n° 13-68, Tome I, p. 44; *adde* rapport MOLLE, n° 81, Tome I, p. 24; *adde* HEMARD, TERRÉ, MABILAT, *Sociétés commerciales Dalloz*, édition 1972, Tome I, n° 272, p. 260.

(18) Articles 1848 et 1849 du projet.

(19) PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, Tome II, édition 1954, *Les Contrats civils*, par ROUAST, LEPARGNEUR, SAVATIER et BESSON, n° 1030. p. 307; *adde* dans le même sens, JAUBERT, *op. cit.*, *ibidem*.

L'examen du droit positif révèle, en effet, ce phénomène. Que l'on songe aux sociétés coopératives, aux groupements d'intérêt économique, aux divers groupements agricoles, aux sociétés civiles de moyens, aux sociétés immobilières d'attribution — sans que cette énumération soit exhaustive — et l'on en aura l'illustration.

Mais il n'est pas certain que cette tendance manifeste une résurgence du droit de jouissance de l'article 1859 de l'alinéa 2. Les droits d'usage et de jouissance que nous venons de signaler nous semblent être d'une tout autre nature que celui-ci.

Tandis que le premier doit s'analyser en une survivance de l'indivision classique qui tend, au surplus, à être intégrée au pouvoir de gestion de la société, les seconds procèdent, au contraire, de la personne morale elle-même qui les « distribue » de toute manière à tous les associés. Il en constitue le plus souvent la raison d'être et n'exprime pas, comme le droit de jouissance de l'article 1859, un individualisme en contradiction avec le système collectif, mais un individualisme qui découle de ce système. Leur logique interne est donc essentiellement différente. Ce que l'étude du droit de jouissance des membres des sociétés immobilières d'attribution nous permettra de vérifier.

Sous-Section II

LE DROIT INDIVIDUEL DE JOUISSANCE DANS LES SOCIÉTÉS IMMOBILIÈRES D'ATTRIBUTION

144. — On sait que l'insuffisance des moyens juridiques susceptibles de permettre la construction collective d'immeubles d'habitation, comme les incertitudes des procédés qu'avait imaginés la pratique pour la pallier (20) furent à l'origine de la loi du 28 juin 1938 qui créa un genre nouveau de sociétés ayant notamment pour objet : « la construction ou location d'immeubles en vue de leur division par fractions, destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance » (21).

(20) KISCHINEWSKY-BROQUISSE, thèse précitée, p. 39, n° 46 et s. — SIZAIRE, *La vocation à la propriété et les sociétés immobilières*, p. 23 et s., n° 10 et s., édition Nicéa, 1960. — Mireille DELMAS-MARTY, *Les sociétés de construction devant la loi pénale*, L.G.D.J. 1972, p. 14 et s.

(21) Art. 1^{er}, loi du 29 juin 1938, D. 1838, D. 1839.IV, p. 73 et s., et le commentaire de Jean CHEVALLIER, *adde* KISCHINEWSKY-BROQUISSE, thèse précitée, p. 35 et s., n° 40 à 174. — SIZAIRE, *op. cit.*, *ibidem*. — WALET, *Les sociétés de construction*, bibliothèque de droit commercial, Tome XV, Sirey, 1966, p. 312 à 391. — THIBIERCE, *Le statut des immeubles en copropriété*, in *Le notariat et la propriété immobilière*, 55^e congrès des notaires, Bordeaux, 1957, sp. pp. 47 à 93.

Si bien que l'activité de ces sociétés aujourd'hui soumises aux dispositions du titre second de la loi du 16 juillet 1971 (22) à la différence de celle des sociétés de droit commun a une vocation « interne » et non pas « externe ».

En cela, elle s'apparente aux sociétés coopératives, qui ont, à l'origine, inspiré leurs règles de fonctionnement.

Elle s'en distingue cependant par le fait que les associés ne sont pas contractuellement liés à elle (23). Curieusement donc, elle occupe une situation intermédiaire entre la société coopérative et la société de type classique empruntant à l'une et à l'autre (24).

Cette originalité se projette sur le droit de l'associé dont la réalisation est totalement et immédiatement intégrée à celle de l'objet social. On a très justement observé dans ce sens que « dans les sociétés traditionnelles les biens sociaux ne sont qu'un moyen d'exploitation. Ici, ils sont en eux-mêmes un résultat. Qui plus est, chaque associé connaît à l'avance la part qui doit lui en revenir. Ses actions représentent non pas une quote-part idéale de biens et bénéfices sociaux mais bien une quote-part concrètement déterminée » (25). On ne peut mieux dire pour démontrer la persistance d'un principe de possession au sein du système collectif. Il reste cependant, à mesurer la force avec laquelle il infléchira les règles procédant normalement de ce système (26).

Seule, l'analyse du droit de jouissance de l'associé le permet car l'accession à la propriété, qui constitue l'aboutissement de l'entreprise sociale, implique nécessairement, partiellement ou totalement, la fin de l'ordre sociétaire.

A la vérité, il convient pour ce faire, de se placer à deux moments successifs : celui, tout d'abord de la construction de l'immeuble dominé par le caractère collectif de l'entreprise, celui, ensuite, de l'état de « cojouissance » dont le régime, quant à lui, est principalement soumis à l'individualisme authentique, découlant des droits des associés.

Mais, en tant que ces deux genres de situations émanent d'une même source, le système sociétaire, elles ont entre elles un lien de

(22) JESTAZ, *Vers un statut d'ensemble de la promotion immobilière*, D. 1972, chr. p. 177, n° 43 à 97, adde DELMAS-MARTY et Robert VOUIN, *La construction immobilière en sociétés*, Rev. Soc. 1972, p. 181 et n° 4, p. 585.

(23) LOMBOIS, *La construction de l'immeuble urbain d'habitation*, in *L'immeuble urbain d'habitation*, ouvrage collectif sous la direction de M. CARBONNIER, p. 43.

(24) Toutes choses restant égales, une même observation, encore que précisée, pourrait être appliquée aux groupements d'intérêt économique et aux sociétés civiles professionnelles de moyens.

(25) LOMBOIS, *op. cit.*, p. 49, n° 92.

(26) Yves GUYON, *La situation des associés dans les sociétés de construction*, J.C.P. 1962.I.1935, sp. n° 12 et 13. — Camille JAUFFRET, *La transparence civile et la protection des associés d'une société de construction*, J.C.P. 67.I.2065.

complémentarité qui se révèle, et par l'existence de phénomènes de « transparence » au cours de la première période, et par la persistance naturelle de manifestation « d'opacité » dans celle qui suit l'achèvement de l'immeuble, ce que nous vérifierons en envisageant successivement : d'une part, le droit de jouissance comme projet de l'entreprise collective, d'autre part, le droit de jouissance en lui-même.

§ 1. — Le droit de jouissance projet de l'entreprise collective.

145. — A) Pour être un droit d'associé, le droit des membres des sociétés immobilières d'attribution n'en présente pas moins certaines propriétés et anomalies que l'on a justement expliqué par le fait que l'objet social est ici « un objet en nature » (27). En sorte qu'au cours de sa réalisation, c'est-à-dire tout au long de l'avancement des travaux, l'associé se considérera psychologiquement davantage comme un client de la société acquéreur d'un appartement à livrer (28), que comme un véritable associé, ce qu'il est néanmoins; sentiment que contribue d'ailleurs à entretenir le fait que le plus souvent le candidat propriétaire tient son droit d'un promoteur fondateur.

Son adhésion au groupement procède moins d'un *affectio societatis* véritable que d'une volonté contractuelle strictement entendue. Autrement dit, il existe une distinction entre les données de fait, qui s'inscrivent dans une vision contractuelle du rapport société-associé et la solution de droit qui participe, quant à elle, pleinement de la technique sociétaire.

Il n'empêche que le droit privatif de jouissance, contenu dans le droit d'associé, constituant la finalité même de l'entreprise collective, la forme sociale, adoptée pour cette entreprise laisse, en plus d'un point, « transparente » la réalité conventionnelle qu'elle habille.

De façon assez curieuse, les termes de la double qualité des membres des sociétés coopératives sont ici réunis, en un même droit; quelques dispositions de nature contractuelle étant, d'une certaine manière, incorporées aux règles du droit des sociétés. Il n'est pas surprenant dès lors que :

- d'une part, la souscription des parts sociales qui, bien évidemment, confère aux souscripteurs un droit dans le capital social, s'accompagne de la détermination du lot objet du droit de jouissance à venir et des conditions dans lesquelles le droit devra être exercé (B) ;

(27) LOMBOIS, *op. cit.*, n° 92, p. 47. — adde GOURDON, *Les sociétés de gestion*, in Mélanges Savatier, p. 332.

(28) JAUFFRET, *op. cit.*, *ibidem*, qui établit un parallèle avec la cession de part et la vente de l'immeuble à l'état futur d'achèvement. — GUYON, *op. cit.*, *ibidem*.

— d'autre part, la société qui ne recherche pas dans une activité externe les moyens de répondre à ses besoins financiers soit autorisée, par dérogation aux règles du droit commun, à lancer à l'adresse de ses adhérents des appels de fonds supplémentaires, justifiés par l'intérêt collectif, ce qui a pour effet d'accuser les traits contractuels de la relation société/associé (C).

Deux dispositions, dont la mise en œuvre ne laisse pas, cependant, de se heurter à quelques obstacles.

146. — B) Que l'acquisition du droit de jouissance privatif se fasse par le biais d'une souscription de parts a rapidement fait apparaître l'inadéquation, à certains égards de ce procédé aux exigences propres de l'opération; certes, les parts des sociétés renferment un droit au partage de l'actif au moment de la dissolution de la société mais il s'agit d'un droit dont l'objet est indéterminé, or le droit acquis par le candidat propriétaire implique au contraire que soit précisément défini l'objet sur lequel il portera et cela d'autant plus impérativement que l'attribution en jouissance se fera dès avant la dissolution de la société. Aussi bien, ce manque de parfaite complémentarité entre le dessein assigné à la technique sociale et la technique sociale elle-même fut à l'origine de difficultés.

147. — Sous l'empire de la loi de 1938, la jurisprudence, divisant le déroulement de l'opération en deux phases nettement distinctes : celle de construction et celle de l'état de cojouissance, se refusait à établir un lien caractérisé entre elles.

Elle faisait à la première une stricte application du droit des sociétés : « pendant la construction, lors de l'exécution des travaux l'être moral seul apparaissait (d'autant plus nettement si la société était constituée sous une forme commerciale) et les droits individuels des associés n'apparaissaient qu'au moment du partage » (29). démarche dont l'incontestable orthodoxie juridique n'était pas sans graves dangers en l'absence de stipulations statutaires suffisamment détaillées pour ne laisser aucune hésitation sur le droit de chacun (30).

Les associés couraient le risque de se voir attribuer un appartement différent de celui qu'ils avaient espéré (31). Il était donc impé-

(29) Camille JAUFFRET, *op. cit.*, n° 9.

(30) SEGUIN, *Réglementation complémentaire des sociétés de construction en copropriétés*, Rev. Soc. 1955, n° 789. — WALET, *Les sociétés de construction*, n° 95 et 96, p. 81 et s.

(31) Cass. civ., 1^{er} oct. 1965, J.C.P. 66.I.14730, note SEGUIN : arrêt qui énonce que « les droits des porteurs de parts de la société civile de construction sont déterminés par la nature et les clauses de contrat qu'ils ont souscrit et lorsqu'il résulte des statuts que la modification des droits et obligations des associés sur les immeubles sociaux peut être décidée par l'assemblée générale à la majorité des 3/4 du capital social. Une assemblée réunissant ces conditions peut décider un aménagement de certains lots en vue du partage ». — *adde* Paris, 9 juillet 1960, J.C.P. 61.I.12230, note SEGUIN, au sujet duquel M. LOMBOIS fait observer qu'il ne

ratif que, dès le moment de la souscription, fut prise en considération la phase de l'attribution en jouissance. Aussi la pratique s'employa-t-elle à ce que la protection des candidats au logement fut mieux assurée.

Pour ce faire, elle s'attacha à apporter une plus grande précision à la rédaction des clauses relatives à l'objet social, à la désignation du terrain à bâtir, à la répartition des lots (32). Nous dirons, qu'*au-delà de ce souci empirique ce sont des dispositions, dont la nature participe de la vente immobilière en copropriété qui ont été de fait intégrées au droit des sociétés.*

Le législateur de 1971, marquant une étape définitive dans l'évolution ainsi amorcée par la pratique et poursuivie par certains textes réglementaires (33) a consacré ces mesures, en a précisé le contenu et renforcé l'efficacité.

En effet, la loi nouvelle met à la charge des fondateurs des obligations d'autant plus protectrices du candidat au logement (34), qu'elles devront être remplies dès avant le commencement des travaux (35). C'est ainsi :

- qu'en premier lieu, il sera dressé un état descriptif qui délimitera « les diverses parties de l'immeuble social, en distinguera celles qui sont communes et celles qui sont privatives », et, s'il y a lieu (36), fixera « les quote-parts des parties communes afférentes à chaque lot », état descriptif dont les souscripteurs éventuels pourront prendre connaissance avant même de donner leur consentement;
- qu'en second lieu, le même texte prévoit, dans son alinéa 2, l'établissement d'un règlement de cojouissance qui devra être conforme aux dispositions de la loi du 10 juillet 1965, dans la mesure où l'objet de la société sera l'attribution en copropriété de l'immeuble lui appartenant présentement (37).

serait pas interdit, malgré les apparences, de tirer de cet arrêt qu'une remise en question des quote-parts d'origine, serait possible à condition d'être décidée par l'assemblée générale. — LOMBOIS, *op. cit.*, p. 43, n° 86.

(32) JAUFFRET, *op. cit.*, *ibidem*.

(33) Décret du 24 décembre 1963, J.C.P. 64.III.29724.

(34) SORTAIS, *La protection de l'acheteur d'appartement*, A.J.P.I. 1974, doct., p. 294.

(35) Article 6, dernier alinéa de la loi du 16 juillet 1971 ; *adde* JESTAZ, *Vers un statut d'ensemble de la promotion immobilière*, *op. cit.*, n° 51-56. — DELMAS-MARTY, VOUIN, *op. cit.*, p. 185, n° 9.

(36) En ce qui concerne cette locution, M. JESTAZ relève dans son commentaire : « Cette rédaction passablement elliptique vise le cas où l'attribution en propriété fait apparaître non pas une copropriété (c'est-à-dire mélange indissoluble de parties communes et privatives) mais une simple juxtaposition des propriétés individuelles excluant les parties communes. En pratique, il faut supposer que la société ait construit un immeuble horizontal composé de villas individuelles.

(37) DELMAS-MARTY et VOUIN, *op. cit.*, n° 9, p. 47.

Ainsi, l'état de cojouissance à venir projette-t-il son ombre sur la phase initiale de l'opération. Il existe, en quelque sorte, dès ce moment, une « latence » du droit privatif des associés dans des mécanismes pourtant par essence collectifs.

Ce que l'on vérifie également lorsqu'on examine le mode de répartition des parts sociales, car « l'objet propre aux sociétés de construction imprime à la division du capital social, en parts ou actions, des particularismes remarquables » (38). C'est que la matérialité du capital de la société, comme le caractère en nature de son objet, requiert nécessairement la coïncidence des parts et actions avec le bien immeuble sur lequel portera le droit de jouissance auquel elle donne vocation.

C'est pourquoi, l'article 6 de la loi nouvelle dispose dans son alinéa 1^{er}, que les « statuts divisent les droits, composant le capital social, en groupes et affectent à chacun d'eux l'un des lots définis par l'état descriptif de la division pour être attribués aux titulaires du groupe constitué ».

Ce n'est pas là, à proprement parler, une innovation mais seulement la reprise législative d'une clause que la pratique avait généralisée et suivant laquelle les parts et actions devaient être attribuées aux associés par groupes indivisibles. Sa validité n'avait pas donné lieu à controverses (40). On estimait :

- d'une part qu'elle résultait implicitement de l'article 3 de la loi du 28 juin 1938 (41) ;
- d'autre part, que s'agissant d'actions, cette clause n'apportait aux principes de la libre négociabilité qu'une restriction dictée par l'intérêt social sans que soit remis en cause le principe lui-même.

148. — L'effet le plus singulier du lien ainsi établi entre les parts sociales et le bien immobilier auquel elle donne vocation est de leur faire perdre, d'une certaine manière, leur « fongibilité ».

« Il n'est pas possible, a-t-on pu écrire, d'envisager l'interchangeabilité des lots entre eux, parce que chacun de ces lots procure un droit particulier, c'est-à-dire le droit d'obtenir la jouissance et la propriété d'un appartement » (42). Il nous paraît préférable de dire que si idéalement chacune des parts et actions reste fongible, réelle-

(38) GIVORD, GIVERDON, Répertoire Dalloz des sociétés. V. *Sociétés de construction*, n° 32.

(39) JESTAZ, *op. cit.*, n° 95.

(40) CABANAC, KISCHINEWSKY-BROQUISSE et LACROIX, n° 250 et s. — WALET, n° 391, p. 316.

(41) THIBIERGE, *Le statut des immeubles en copropriété*, *op. cit.*, p. 59, qui relève : « L'article 3 de la loi dispose : « qu'en cas d'exécution d'un associé déficient lorsque ses droits sociaux sont vendus aux enchères, il doit être procédé en une seule fois ».

(42) WALET, *op. cit.*, n° 391.

ment en revanche il n'en est rien, parce qu'elles ne pourront être cédées et transmises qu'avec le groupe qui les renferme — et qui, quant à lui, est précisément identifiable et déterminable —.

Il est ainsi curieux de constater que la « réalité » de l'objet social est à l'origine de l'apparition d'une nouvelle catégorie de biens. Le groupe de parts de société immobilière qui se trouve être à mi-chemin entre la part de société classique et le lot de copropriété et dont la logique du régime emprunte à celle de l'une et de l'autre.

Mais dès lors se pose le problème de la répartition des parts dans chaque groupe et plus exactement celui de savoir à partir de quel critère elle devra s'opérer.

Sous l'empire de la loi du 21 juin 1938 : « le calcul des parts n'obéit à aucune règle impérative » (43), en l'absence de dispositions législatives particulières aux sociétés de construction. Sur ce point, on estimait que l'article 1853 du Code civil devait être appliqué (44). Ainsi, la répartition des parts telle qu'elle avait été prévue dans les statuts ne pouvait être remise en question (45).

Satisfaisante au regard des droits des sociétés, cette solution n'était pas aussi sans risque. En effet, les fondateurs promoteurs disposaient de la sorte d'une totale liberté dans le choix des méthodes de division du capital. Or, certaines d'entre elles étaient singulièrement inéquitables (46) et cela d'autant plus qu'elles se trouvaient le plus souvent à l'abri de tout recours (47). Il en était ainsi notamment du système suivant lequel la répartition des parts devait s'opérer en fonction de la seule superficie de l'appartement à livrer à l'exclusion de la valeur. La grande majorité des auteurs s'accordaient à dénoncer cette pratique (48).

Le bien-fondé de leur opinion n'a pas échappé aux législateurs de 1971 puisque la loi nouvelle énonce dans l'alinéa 1^{er} de son arti-

(43) KISCHINEWSKY-BROQUISSE, *Traité de la construction*, p. 159, n° 256.

(44) WALET, *op. cit.*, p. 99, n° 114. — KISCHINEWSKY-BROQUISSE, *op. cit.*, p. 160, n° 256. — SIZAIRE, *op. cit.*, n° 245, p. 276. — GIVORD, GIVERDON, *op. cit.*, n° 34.

(45) GIVORD, GIVERDON, *op. cit.*, n° 35.

(46) Cf. sur ce point, SIZAIRE, *A propos de la répartition des parts et actions dans les sociétés de construction*, Gaz. Pal. 1961, doctrine 13. — MEYSSON, *Problèmes actuels de la réglementation de la construction privée*, Revue économique et de droit immobilier, n° 17, p. 4 et s. — CABANAC, *Les inégalités résultant en matière de société de construction du tableau de répartition des parts*, Revue économique et de droit immobilier, 1971, n° 44, p. 55 et s. — JESTAZ, *Vers un statut d'ensemble*, *op. cit.*, p. 188, n° 62.

(47) Plusieurs tentatives avaient cependant été menées pour rétablir l'égalité mais avec un inégal succès et à partir de fondements différents. C'est ainsi qu'on rejetait l'action en garantie du vendeur, de même l'action en rescision de partage invoquée dans les termes de l'article 882 du Code civil et enfin l'action de *in rem verso*. Tandis qu'était regue une action fondée sur le dol par réticence, T.G.I. Seine, 27 février 1967, A.J.P.I. 1967, 2^e partie, p. 180, note CABANAC ; *adde* pour une application de l'article 1853 du Code civil, Cass. civ. 24 janvier 1967, D. 1967. 230.

(48) WALET, *op. cit.*, p. 92, n° 107. — SIZAIRE, *op. cit.*, n° 247, p. 377. — CABANAC, *op. cit.*, p. 58. — MORAND, Gaz. Pal. 1964.I, Doctrine, p. 59 et s.

cle 9 que : « les droits des associés dans le capital social doivent être proportionnels à la valeur des biens auxquels ils ont vocation par rapport à la valeur de l'ensemble telle que ladite valeur résulte de la consistance de la superficie et des possibilités d'utilisation des biens appréciés au jour de l'affectation des groupes de droits sociaux déterminés ».

Indépendamment du fait que cette règle met définitivement un terme aux errements passés en substituant un principe véritablement équitable à celui posé par l'article 1853 du Code civil, qui ne l'était en l'espèce que formellement, elle est encore chargée d'enseignement si on la replace dans la perspective de notre démonstration. Le critère de la valeur désormais retenu « individualise » plus encore qu'auparavant le droit de jouissance à venir de l'associé, soulignant ainsi les aspects « contractuels » de la souscription. Au surplus, il n'est pas non plus sans incidence sur l'obligation faite aux associés de répondre aux appels de fonds supplémentaires.

149. — C) Assez paradoxalement, les sociétés de construction dont le fonctionnement est dominé par une logique fondamentalement individualiste se présentent, à certains égards, comme une *collectivité particulièrement contraignante*. En effet, contrairement au principe général suivant lequel un associé ne saurait être contraint à augmenter son engagement initial (49) le candidat au logement pourra être tenu de répondre à des appels de fonds en cours de travaux (50).

La contradiction n'est qu'apparente et peut aisément s'expliquer :

En ce qu'elle a une vocation interne, l'activité développée par la société ne peut pas par elle-même être source de son financement (51). Et cela d'autant moins que les biens sociaux ne sont pas un « moyen » d'exploitation mais un « résultat » (52). Aussi bien lorsque la mise initiale des associés ne permet pas de répondre aux impératifs de construction, le capital d'origine étant « embryonnaire » ou les prévisions s'étant révélées inexactes, comme cela est fréquent (53). Il paraît logique de leur faire obligation de fournir un nouvel effort

(49) Article 60, article 153 de la loi du 24 juillet 1966.

(50) CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 75. — GUYON, *op. cit.*, n° 6. — JAUFFRET, *op. cit.*, n° 13. — SIZAIRE, *La vocation à la copropriété*, n° 80, p. 129. — KISCHINEWSKY-BROQUISSE, *Statut de la copropriété*, p. 85, n° 135 à 159. — THIBIERGE, *op. cit.*, p. 73.

(51) Un même raisonnement peut être appliqué aux groupements d'intérêt économique, qui, étant des groupements de prestation de services et de moyens, peuvent ne pas trouver dans leur objet la source de leur financement. C'est pourquoi la loi leur reconnaît la faculté de recourir aux appels de fonds. — GUYON et COCQUEREAU, *Le groupement de l'intérêt économique*, éd. 1969, p. 94, n° 131.

(52) LOMBOIS, *op. cit.*

(53) GUYON, *op. cit.*, n° 7. On observera que cet auteur en tire le caractère aléatoire de l'engagement social.

financier dans la mesure où l'objet de leur droit futur de jouissance se trouve être individualisé dès le début de l'entreprise sociale.

Mais, il reste à déterminer la nature de cette obligation, car d'elle dépendent les conditions des oppositions individuel/collectif qui pourront naître à l'occasion de sa mise en œuvre.

150. — Elle fut primitivement envisagée comme une augmentation de capital (54), c'est pourquoi la « décision devait donc être prise par l'Assemblée statuant aux conditions prévues pour la modification des statuts » (55). Mais cette analyse se révèle impropre à justifier la totalité des éléments de cette procédure, ne serait-ce que parce qu'en règle générale, la souscription à une augmentation de capital est facultative alors qu'elle serait ici impérative.

Au demeurant, le plus souvent dans la pratique, les fonds recueillis ne sont pas capitalisés, leurs versements s'effectuent en « compte-courant » encore que cette qualification ne soit pas exacte (56) puisqu'en l'espèce l'opération est unilatérale et exclusive de la réciprocité des remises qui fait la spécificité même du compte courant (57).

Peut-on, dès lors, considérer qu'il y a là un mécanisme de type conventionnel, c'est-à-dire *extérieur aux droits des sociétés* ?

On a pu le penser. Ainsi, des auteurs ont proposé d'y voir un élément complémentaire du mandat donné par les associés à la société pour réaliser la construction de l'immeuble (58). Une autre partie de la doctrine tentait de démontrer qu'il ne pouvait s'agir que du paiement du prix d'une vente immobilière. Cette démarche est séduisante. Camille Jauffret d'ailleurs a mis en évidence, dans l'étude qu'elle a consacrée à ce sujet, les analogies qu'il y avait entre la construction en société et la vente en l'état de futur achèvement, « chaque souscripteur, écrit-elle, est tenu au-delà de ses engagements sociaux car il a un droit individuel sur l'immeuble, il paie le coût de ce qui lui reviendra, une fois la construction achevée » et elle poursuit : « tout se passe comme s'il payait directement son appartement » (59).

Dans le prolongement de ce raisonnement, on peut en outre faire valoir que le promoteur fondateur qui manquerait à l'obligation de renseignements qu'il doit à l'associé acquéreur commettrait un dol (60).

Aussi proche de la réalité que soit cette analyse, on ne peut pleinement y souscrire car elle conduit à méconnaître l'existence de la

(54) GIVORD, GIVERDON, *op. cit.*, n° 69.

(55) GIVORD, GIVERDON, *op. cit.*, *ibidem* ; *adde* SAINT-ALARY, obs. R.T.D. Co. 1961.403.

(56) WALET, *op. cit.*, p. 449.

(57) WALET, *op. cit.*, *ibidem*.

(58) WALET, *op. cit.*, n° 450, pp. 383 et 384.

(59) Camille JAUFFRET, *op. cit.*, n° 15.

(60) T.G.I. Seine, 27 février 1961, A.J.P.I. 1962, 2^e partie, p. 180, note CABANAC.

personnalité juridique de la société dont les membres n'ont pas un « *jus ad rem* » mais uniquement un droit d'associé. Elle ne rend pas compte, encore, du fait qu'à la différence de ce qui se passe dans les sociétés coopératives, l'associé est revêtu de cette seule qualité et ne se trouve pas également dans des liens contractuels avec la société (61).

C'est donc principalement aux droits des sociétés qu'il importe de se référer. C'est pourquoi mieux vaut analyser cette opération en un apport non capitalisé et plus précisément une constitution de réserves spécialement affectées (62).

Assurément, en elle-même, la proposition n'est pas, *a priori*, pleinement satisfaisante mais la remarque tient au fait que dans une approche traditionnelle, on considère la société comme constituant un mécanisme toujours identique à lui-même, uniforme. Or, il ne paraît plus en être ainsi.

En tant qu'elle est un procédé destiné à parvenir à un résultat, celui-ci en infléchira les règles de fonctionnement; si bien qu'en cette matière, la constitution de réserves comme leur affectation présentent des caractères propres.

S'il est vrai qu'elle procède d'exigences collectives, il est également exact d'observer, que l'intérêt collectif au sein des sociétés de construction est très proche de chacun des intérêts individuels, ce qui explique que la première soit à l'origine d'une obligation singulièrement contraignante, aussi se trouve-t-on en face d'une situation profondément originale.

Découlant d'impératifs communautaires, l'obligation de répondre aux appels de fonds demeure étroitement liée au caractère privatif du droit des associés, de là surgissent des tensions, sinon d'un genre, au moins d'une espèce particulière que révèlent aussi bien la mise en œuvre des conditions de l'obligation — qui traduisent le souci de préserver les intérêts de l'associé — que celles de sa sanction — qui exprime, au contraire, la force du pouvoir sociétaire.

151. — 1) Exorbitant du droit commun, la faculté reconnue à la société d'augmenter l'engagement initial de ses associés n'est pas sans limite. Elle doit être exercée dans le respect d'un intérêt collectif véritable, idée que renferme l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi du 16 juillet 1971 qui énonce que l'associé ne sera tenu de répondre qu'« aux appels de fonds nécessités par l'acquisition, la construction ou l'aménagement de l'immeuble social ».

Il est incontestable qu'une décision dictée par des considérations étrangères aux opérations ainsi définies, serait susceptible d'être attaquée suivant les voies classiques du droit des sociétés (63). On ajoutera encore que le contrôle de l'opportunité de la décision sera facilité par l'état descriptif établi dès avant le commencement des travaux.

(61) LOMBOIS, *op. cit.*, p. 48, n° 85.

(62) THIBIERGE, *op. cit.*, pp. 72 et 73.

(63) CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 76, sp. B ; GIVORD, GIVERDON, *op. cit.*, n° 66 et s.

Mais encore l'engagement de l'associé devra être proportionnel à ses droits dans le capital (64).

La règle formulée, sous le régime précédent, avait soulevé des difficultés tenant à l'incertitude des méthodes employées pour la répartition des parts sociales (65). Que l'on soumette désormais celle-ci au critère de la valeur vient renforcer la protection des associés en même temps que ce procédé rapproche un peu plus encore les versements opérés à ce titre du paiement d'un prix de vente immobilière, mais l'assimilation ne saurait être menée trop loin. Car cette disposition est ici dictée, tout autant par le souci d'équilibrer prestation financière et valeur réelle de l'appartement que par celui de respecter le principe d'égalité entre les associés (66), *logique individuelle et logique communautaire coexistent en une même obligation*.

152. — L'examen des actions que le législateur contemporain confère à chacun des associés dans le but de rectifier une éventuelle distribution inéquitable de cette charge, offre une illustration très remarquable de cette dualité. Ces actions, qui sont au nombre de deux, participent en effet d'une philosophie foncièrement différente. La première est parfaitement individuelle, l'article 9, alinéa 3, reconnaît à l'associé, qui établirait que l'obligation qui pèse sur lui dépasse de plus du quart le montant de la somme dont il devrait normalement être redevable, le pouvoir d'agir à l'encontre des associés ayant tiré profit de ce déséquilibre; le trait le plus singulier de cette action réside dans son objet qui n'est pas de remettre en question le pacte social mais de rétablir l'égalité au sein de la société pour que soit respecté le droit de chacun, il traduit très exactement le souci législatif de conforter l'individualisme classique de possession dans le système sociétaire lui-même.

C'est ainsi tout d'abord que le demandeur ne s'adressera qu'à ceux des associés que « la répartition incriminée a avantagés » et qu'ensuite et surtout les dommages et intérêts qui lui seraient alloués en réparation lui seraient versés directement. C'est la raison pour laquelle on a pu justement estimer que « cette action se rapproche plutôt de l'*in rem verso* » (67); encore qu'une identification complète à celle-ci soit impossible, car ici l'enrichissement injuste repose sur une cause, le pacte social auquel au surplus l'associé a adhéré (68). Il faut en induire qu'il s'agit en quelque sorte d'une action de *in rem verso*, née du système sociétaire lui-même.

A certains égards par ailleurs l'associé peut être considéré comme le gardien de celle-ci.

(64) Article 7, alinéa 1^{er}.

(65) *Supra*, p. 317 et s.

(66) CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 76.

(67) JESTAZ, *op. cit.*, n° 66.

(68) PLANIOL et ESMEIN, VII, n° 752 et s. — Henri, Léon et Jean MAZEAUD, Tome II, 2^e édition, n° 608 et s.

C'est qu'en effet, à la différence de la précédente, la seconde action est, quant à elle, véritablement collective. Elle doit être analysée comme constituant une action sociale d'un genre particulier (69) comme en témoigne l'examen des modalités de son exercice.

L'article 9, alinéa 4, de la loi prévoit en effet que l'associé dont le montant des obligations auquel il est tenu au titre des appels de fonds supplémentaires est inférieur de plus du quart à celui de la contribution qui lui incomberait normalement, par application de l'article 7, pourra être condamné à verser à la société les sommes dont il s'est trouvé dispensé.

L'intérêt théorique de ce texte réside moins dans la solution qui vient d'être exposée que dans le fait que « tout associé » sera habilité à mettre l'action en mouvement.

Une controverse peut surgir en cet endroit : doit-on considérer qu'en dépit de la généralité des termes de cette disposition, seuls les associés lésés auront un intérêt à agir quelle que soit par ailleurs l'importance du dommage subi par eux. On l'a pensé (70) ; à l'appui de cette solution, on fait valoir que les sommes versées à la société à la suite de la condamnation de l'associé favorisé seront réparties entre les associés désavantagés, ce qui laisserait supposer que l'action elle-même ne pourrait être déclenchée que par ces derniers.

N'est-ce pas là une interprétation par trop restrictive du texte, procédant d'une conception classique de l'action sociale exercée individuellement ? N'est-elle pas dès lors en contradiction avec l'évolution suivie par un droit des collectivités privées qui fait de plus en plus de chacun des membres de ces collectivités le dépositaire des intérêts de celle-ci (71) ?

On objectera, à cette vue des choses que l'on admet en règle générale, que l'action « *ut singuli* » reconnue aux actionnaires par exemple ne sera recevable que si le dommage affecte l'ensemble de la communauté sociale (72), ce qui peut ne pas être le cas, en notre matière. Mais, à vrai dire, il s'agit là d'une vision traditionnelle et étroite de l'action *ut singuli*. On a très justement démontré qu'elle ne recouvre pas toutes les sortes d'actions collectives exercées individuellement ; en réalité, le domaine des actions sociales doit être étendu aux actions ayant « pour fin de veiller au maintien du bon ordre collectif » (73).

Or, le principe d'égalité entre associés nous paraît s'inscrire très évidemment dans la définition de ce bon ordre collectif ; il suit de là,

(69) JESTAZ, *op. cit.*, n° 68.

(70) JESTAZ, *op. cit.*, n° 68.

(71) SCHMIDT, *op. cit.*, *Passim*.

(72) BOURCART, S. 1921.I.258. — LYON-CAEN et RENAUD, II. — P. AMIAUD, p. 274, n° 827. — ESCARRA-RAULT, IV, p. 363, n° 108. — HOUPIBOSVIEUX, II, p. 606, n° 1362. — GIVERDON, *Répertoire Dalloz*, V. administrateurs, n° 160.

(73) SCHMIDT, thèse précitée, p. 201, n° 267. — *contra* NOIREL, thèse précitée,

qu'à notre sens, pour ce qui concerne la question présentement débattue, chaque associé sera habilité à prendre la mesure nécessaire à la sauvegarde de ce principe quand bien même son droit personnel ne serait pas directement affecté par l'injuste répartition des charges.

On le voit, l'obligation de répondre aux appels de fonds supplémentaires est étroitement enfermée dans des conditions motivées par le respect des intérêts individuels des associés, ce qui se justifie compte tenu de la particulière gravité des sanctions qu'il encourt en ne s'y soumettant pas.

153. — 2) En cet endroit, encore, on observe que le législateur aménage une conciliation de mesures à caractère contractuel avec des mesures à caractère sociétaire, sans pourtant que la qualification des unes et des autres soit parfaite. Dans cet ordre d'idées, il est à relever que l'article 8, alinéa 1^{er}, dispose que : « l'associé qui n'a pas satisfait aux obligations régulièrement mises à sa charge, pourra se voir privé de l'attribution en jouissance ou de l'attribution en propriété, ce qui peut naturellement être envisagé comme une illustration particulière de l'exception générale « non adimpleti contractus », analyse qui se heurte cependant au fait que l'associé n'est pas contractuellement lié à la société; il n'a donc pas de droit contre elle, mais uniquement un *droit dans la société*.

C'est une même ambivalence, dont les termes seront toutefois inversés, que révèle l'alinéa 4 du même article qui, reprenant en substance l'article 3 de la loi du 28 juin 1938, ouvre à la société la faculté d'exclure l'associé défaillant en procédant à la vente forcée de ses parts.

Là encore, l'idée de sanction d'un manquement contractuel est latente; cela est si vrai qu'il est admis que l'associé peut se soustraire à cette obligation s'il rapporte la preuve d'un « événement exonératoire » qui ne lui serait « imputable ni dans sa survenance ni dans sa prolongation » (74). Il n'en demeure pas moins que la sanction dont il s'agit procède directement et fondamentalement de la logique interne du système collectif. Aussi est-il, tout d'abord, subordonné à l'autorisation régulière (75) et préalable de l'Assemblée générale, statuant à la majorité renforcée des deux tiers du capital social (76) après que la mise en demeure adressée à l'associé défaillant sera restée sans effet à l'expiration d'un délai d'un mois.

Mais encore et surtout cette procédure n'exclut pas pour la société la possibilité de poursuivre le recouvrement intégral de la créance

(74) C.A. Orléans (A.S.), 25 oct. 1973, D. 1974.66, note SOULEAU, Arrêt rendu sur renvoi, Cass. civ. 3, 19 avr. 1972, D. 73, p. 205, note SOULEAU, R.T.D. civ. 1973. 591, obs. DURRY.

(75) GIVORD, GIVERDON, *op. cit.*, n° 81.

(76) Et, sur une seconde convocation à la majorité des 2/3 des droits sociaux dont sont titulaires les associés présents ou représentés, art. 8, alinéa 2; il est à noter que la loi nouvelle requiert une majorité moins élevée que celle exigée par la loi de 1938 qui était des 3/4.

sur les biens personnels du débiteur (77), solution qui n'est pas dépourvue d'indications relatives à la nature du droit d'associé.

Que l'on admette, en effet, que seule la procédure spéciale peut être exercée par la société et l'on fait de l'obligation de l'associé une obligation *propter rem* (78). Ce qui laisserait supposer : soit qu'il détient un droit direct sur l'immeuble, soit que la théorie des obligations *propter rem* est également applicable aux biens incorporels et donc au droit d'associé.

Que l'on estime, en revanche, que le groupement peut exécuter sa créance par d'autres voies et sur l'ensemble des biens composant l'actif du patrimoine de son membre débiteur et l'on souligne la qualité d'associé de ce dernier, déniait toute réalité à son droit. La cour d'appel d'Aix a justement opté pour la seconde branche de l'alternative (79).

Car, aussi séduisante que puisse paraître l'analyse, d'ailleurs exacte, admettant l'existence d'obligations *propter rem* frappant un bien incorporel et qui est conforme au mouvement « d'intellectualisation » de la notion de bien (80). Il faut remarquer qu'elle ne saurait être appliquée à la situation présentement examinée, car elle ne rend pas compte du caractère sociétaire de la sanction et demeure attachée à une conception individualiste des rapports associé-société.

La vente forcée qui doit être rapprochée de l'exécution en bourse (81) constitue principalement une exclusion du groupement pour manquement aux obligations impératives nées de l'ordre collectif ; du fait de l'objet et de la finalité particulière à ce groupement, ces obligations comme ces sanctions, présentent des traits spécifiques, ne modifient pas la nature de l'opération en elle-même.

Le droit d'associé reste un droit mobilier original, né d'un système collectif. Sans doute, renferme-t-il un droit de jouissance fortement individualisé, ce qui n'est pas sans effet sur le droit dans son ensemble, mais ce droit de jouissance est mal aisé à saisir et à qualifier parce que précisément, il est contenu lui-même dans une part sociale.

§ 2. — Le droit de jouissance en lui-même.

154. — La nature du droit de jouissance individuel reconnu aux associés des sociétés immobilières d'attribution (82) alimente, depuis

(77) Aix, 23 déc. 1970, Rev. Soc. 1971.582, note SORTAIS, D. 1971, note DONNIER.

(78) CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 77.

(79) SORTAIS, note sous Aix, 23 déc. 1970, Rev. Soc. 1971.582.

(80) MARTY et RAYNAUD, Tome II, 2^e vol., n° 3 et 4.

(81) Art. 281 de la loi du 24 juillet 1966.

(82) Art. 3 de la loi du 28 juin 1938, art. 5 de la loi du 16 juillet 1971. Il convient d'évoquer ici le droit d'usage privatif des associés des sociétés dites de multi-propriétés qui est d'une qualité, sinon identique, en tout cas très voisine du droit de jouissance présentement analysé. Il s'en distingue toutefois par le

la création de ce dernier, un débat devenu de nos jours classique. Il oppose les tenants d'une conception purement sociétaire à ceux qui estiment que l'état de cojouissance se présente comme préfiguration de l'état à venir de copropriété.

Pour les premiers, il est un droit aux bénéfices s'exerçant dans des conditions particulières (83). Leur raisonnement est fondé sur la définition des bénéfices telle qu'elle fut donnée par les Chambres réunies de la Cour de cassation dans leur fameux arrêt du 11 mars 1914 aux termes de laquelle : l'expression bénéfice... s'entend d'un gain pécuniaire ou du gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés (84). Dans ces conditions, le droit de jouissance constituant un gain en nature, il y a lieu de l'analyser en un bénéfice. La logique de cette démarche n'est pas en elle-même susceptible de critique mais elle appelle, à l'examen de l'ensemble de l'opération, quelques réserves :

— d'une part, cette doctrine fait abstraction du fait que la notion de fruit civil implique nécessairement la constance du capital « on entend par fruit tout ce qu'une chose produit à des intervalles périodiques sans destruction de sa propre substance » (85). Il n'est guère contestable que la qualification des bénéfices sociaux en fruit civil soit étroitement liée au principe d'intangibilité de l'apport initial de l'associé. Or, précisément, dans les sociétés de construction, cet apport sera augmenté successivement et suivant les modalités que nous avons évoquées (86), savoir proportionnellement à la valeur du droit de l'associé dans l'actif social, laquelle sera fonction des caractéristiques à venir de l'appartement sur lequel l'associé exercera son droit de jouissance. Dès lors, on est en droit de se demander si cet aspect « contractuel », en quelque sorte, de l'opération et sous réserve des restrictions que nous avons précédemment émises à ce sujet (87) ne fait pas échec à une assimilation complète du droit de jouissance aux bénéfices qui sont des fruits civils ?

— d'autre part, comme cela a été souligné à plusieurs reprises, le régime des bénéfices s'accommode malaisément du droit de jouissance. Tenter de le lui transposer, c'est, a-t-on écrit, « confondre le droit et son exécution, c'est admettre une distribution continue, minu-

fait qu'il est périodique, « il s'agit donc, écrivent MM. DAGO et SPITERI à son sujet, d'un droit périodique de jouissance pendant la majeure partie de l'année, ce droit est en sommeil, en léthargie ». — DAGO et SPITERI, *A la recherche de la multi-propriété*, J.C.P. 1972.I.2486, n° 19.

(83) THIBIERGE, *op. cit.*, n° 70. — WALET, *Les sociétés de construction*, n° 414, p. 338. — GOURDON, *Les sociétés de gestion*, in *Mélanges Savatier*, p. 332. — SORTAIS, note sous Aix, 23 déc. 1970, *Rev. Soc.* 1971.591.

(84) Cass. Chambres réunies, 11 mars 1914.1257, note L.S., S. 1918.I.103, *Grands Arrêts Jurisprudence Commerciale*, n° 39, p. 114, obs. GARAUD.

(85) PLANIOL et RIPERT, *Droit civil français*, Tome III, Picard, édition 1952, n° 255, p. 255.

(86) *Supra*, p. 319 et s.

(87) *Supra*, p. 313 et s.

te par minute, seconde par seconde, instantanée même. En effet, il ne peut être question d'une distribution jour par jour car il faudrait dès lors soit envisager une distribution de bénéfices anticipés, et il y aurait distribution de dividendes fictifs, soit distribution de la jouissance acquise la veille mais alors quel sera le sort de l'associé au jour même » (88). Est-ce à dire qu'il faille à la lumière de ces arguments rechercher la qualification de ce droit en se référant aux droits réels ? C'est dans ce sens que s'est orienté un second courant doctrinal (89).

L'attribution en jouissance opèrerait dans cette perspective un démembrement du droit de propriété; plus précisément les associés acquerraient l'usufruit d'un immeuble dont la société resterait nue-propriétaire. Bien que susceptible d'expliquer et de justifier certaines des utilités du droit de jouissance, cette vue des choses se heurte à de sérieuses critiques : — d'une part, la société ne détient pas le libre *abusus* des biens affectés en jouissance à ses membres, — d'autre part, et en revanche, le droit individuel de ceux-ci n'a pas les mêmes qualités que le droit de jouissance reconnu à l'usufruitier, il n'est pas opposable au tiers (90).

La encore, la solution proposée s'inscrit dans une définition classique du démembrement, considéré comme opérant un cloisonnement presque parfait entre des droits réellement complémentaires. Or, il ne peut en être ainsi dans les sociétés de construction où le bénéficiaire du droit de jouissance est dans le même temps associé; « l'usufruit, a-t-on observé, dans ce sens entraîne une séparation entre le nu-propriétaire et l'usufruitier cadrant mal avec le fait que celui-ci est membre de la société de construction » (91).

155. — Sans doute, se trouve-t-on effectivement en présence d'un démembrement de droit, mais il se réalise suivant une logique étrangère à celle du Code civil.

Aussi bien, en dépit des apparences, les doctrines examinées ne sont pas essentiellement antinomiques. Elles participent d'une vision individualiste des rapports juridiques au sein du groupement, car si la première reste attachée à une définition traditionnelle de la société, la seconde, quant à elle, de la même façon est respectueuse de l'analyse classique du droit réel et de la personne morale en tant que sujet de droit totalement distinct de ses membres. Dans les deux hypothèses, l'associé est envisagé comme détenant un droit *contre* la société (droit dont la nature, il est vrai, sera différente selon les cas).

(88) SIZAIRE, *La vocation à la propriété*, p. 173 et jurisclasseur civil, appendice, article 1832-1873, fascicule II.

(89) SEGUIN, *Précis des sociétés de construction en copropriétés*, 1955, sp. p. 22. — ROUAULT, *Les compagnies immobilières privées*, 1951, p. 86.

(90) SIZAIRE, jurisclasseur civil, appendice 1832-1873, n° 5.

(91) SIZAIRE, *op. cit.*, n° 6.

En réalité, le droit de jouissance est une des composantes, assurément la plus importante, du droit des associés, qui procède directement du système sociétaire dont nous avons précédemment dégagé les axes directeurs (92). Dans ces conditions, il ne saurait être ramené aux catégories classiques; car ce faire conduirait nécessairement à ne pas tenir compte de certains de ses aspects. Il est, comme cela a fort bien été mis en évidence « un droit particulier dans l'actif social » (93) si bien que, fondamentalement, il est d'une nature particulière. Au vrai, *dès lors que l'on cesse de recevoir le concept de personne morale comme un concept unitaire et invariable dans son contenu et que l'on préfère y voir une notion diversifiée par sa fonction, un procédé destiné à parvenir à un résultat par la création d'un ordre juridique collectif*, il n'est pas surprenant de constater que le droit de jouissance qui constitue la raison d'être du groupement renferme les utilités d'un droit réel sans avoir la pureté ni l'absolutisme de ces caractères. Il naît d'un ordre, qui pour être perméable au principe d'individualisme de possession (A), n'en demeure pas moins foncièrement collectif (B).

156. — A) Du premier terme de ce dyptique, on tire les conséquences les plus significatives de la spécificité de la situation examinée au regard du droit des sociétés.

C'est ainsi, qu'en dépit de toute convention de bail (94), l'associé exerce individuellement et librement, relativement au lot qui lui a été affecté, en conformité des statuts, les prérogatives attachées à la jouissance d'un bien immobilier; si bien que non seulement l'associé pourra normalement user des parties privatives qui lui ont été attribuées, des parties communes, mais encore il sera en droit de donner son lot à bail. Il n'est pas illogique, dès lors, que le décret du 20 mai 1955 modifiant la loi du 1^{er} septembre 1948 ait étendu à l'associé le bénéfice du droit de reprise de l'article 20 de ce texte, réservé initialement au seul propriétaire (95), ce que la jurisprudence

(92) *Supra*, p. 56 et s., *adde*, p. 72 et s.

(93) SIZAIRE, *Vocation à la propriété*, p. 175, n° 113; cependant, cet auteur l'analyse en un droit personnel. Ce faisant, il peut encourir un reproche de même nature que celui adressé aux doctrines précédentes, car le droit personnel, le droit de créance, suppose une vision inter individuelle des rapports juridiques, une extranéité des patrimoines du débiteur et du créancier, ce qui, ici, plus encore que dans les autres sociétés, ne saurait pleinement se vérifier.

(94) A l'origine, la pratique avait pris l'habitude de faire découler le droit de jouissance d'un bail passé entre la société et l'associé. En recourant à ce procédé, elle multipliait les points de similitude entre sociétés de construction et sociétés coopératives. Elle dédoublait la qualité de l'associé. La reconnaissance légale d'un droit de jouissance à l'associé vide cette technique de sa substance, d'autant plus que cette reconnaissance confère à ce dernier un droit original, qui à bien des égards, se distingue du droit d'usage du locataire. La jurisprudence a relevé l'inutilité du procédé, Paris, 14 avril 1961, A.J.P.I. 1962.II.104, 27 mai 1964, J.C.P. 1965, II.13991.

(95) KISCHINEWSKY-BROQUISSE, *Statut de la copropriété*, p. 79, n° 127. — WALET, *op. cit.*, p. 342, n° 417.

lui refusait moyennant un raisonnement d'une parfaite orthodoxie juridique (96) ; toutes illustrations de la « réalité des utilités économiques de ce droit ».

Il est remarquable, toutefois, que, quoi qu'il en soit, il ne pourra s'agir que d'utilités comparables, non pas à celles d'un droit de propriété parfait, mais d'un droit de copropriété. C'est ainsi que le droit de jouissance ne sera exercé que conformément aux stipulations légitimes du règlement de cojouissance qui :

- d'une part, sans avoir la même nature que le règlement de copropriété (97) n'en constitue pas moins sa préfiguration (98) ;
- d'autre part, quand bien même l'attribution en pleine propriété ne serait pas concevable, aménage le concours sur un même bien immobilier de droits puissamment individualisés (99).

En contrepartie, mais dans le même temps, les associés devront encore participer aux frais d'entretien et de gestion de l'immeuble social, dans les mêmes conditions de répartition que les membres d'une copropriété soumise à la loi du 10 juillet 1965 (100) alors cependant que les prestations financières ainsi exigées le seront au titre d'appels de fonds supplémentaires.

Ces données contradictoires révèlent que la frontière établie entre état de cojouissance et copropriété s'estompe progressivement sans pourtant disparaître. C'est qu'il existe entre l'un et l'autre un rapport « successif » qui a pour effet de les rapprocher, *le devenir exerçant une influence certaine sur le présent* ; mais il peut encore arriver que ce rapport devienne « simultané » le retrait individuel d'un ou de plusieurs membres de la société entraînant l'apparition d'une copropriété dont la société sera membre.

157. — Se pose aussitôt la question de savoir si dans l'organisation et le fonctionnement de la copropriété on prendra en considération exclusivement la société, en sa qualité de copropriétaire, ou si allant au-delà de sa personnalité juridique et accusant les utilités réelles du droit de jouissance, les associés, à titre individuel, devront être immédiatement intégrés au syndicat de copropriété.

L'article 23, alinéa 1^{er}, de la loi du 10 juillet 1965, rompant avec les solutions de la jurisprudence antérieure (101), dispose que :

(96) Cass. Soc., 17 février 1949, J.C.P. 1949.II.4829.

(97) Rennes, 25 nov. 1969, J. not. 1970, p. 1055, art. 49.680. — VIATTE, Cass. civ. 3^e, 18 mai 1971, J.C.P. 1972.II.16974, note P.L.

(98) JESTAZ, *op. cit.*, n° 54. — SORTAIS, *La protection de l'acquéreur d'appartement, op. cit.*

(99) Il s'agit du règlement de jouissance de sociétés de multi-propriétés, *adde* JESTAZ, *op. cit.*, n° 54 et 74. — DAGOT et SPITERI, *op. cit.*, n° 20 et 21.

(100) Art. 10 de la loi du 16 novembre 1971 qui renvoie à l'art. 10 de la loi du 10 juillet 1965.

(101) Cass. civ., 12 novembre 1963, D. 1964, p. 281, note AZOULAI, A.J.P.I. 1964. 211, note CABANAC.

« lorsque plusieurs lots sont attribués à des personnes qui ont constitué une société propriétaire de ces lots, chaque associé participe néanmoins à l'assemblée du syndicat et dispose d'un nombre de voix égal à sa quote-part dans les parties communes correspondant aux lots dont il a jouissance » (102). L'importance de ce texte, dont la portée a été étendue en même temps que précisée par le décret du 17 mars 1967, n'a pas échappé à l'attention de la doctrine qui en a mis en lumière la singularité (103). Mais l'opinion des auteurs reste partagée quant à la valeur et à l'opportunité d'une telle mesure. On a pu ainsi estimer qu'elle était injustifiée, les phénomènes de transparence ne devant conserver qu'un caractère exceptionnel (104).

Hormis le fait qu'elle suppose une définition unitaire de la notion de personnalité morale, ce qui n'est pas conforme à la réalité du droit positif, cette analyse encourt encore un reproche : elle procède d'une confusion du *principal* et de *l'accessoire*. Il est de l'essence même des sociétés de construction de conférer à leurs membres un droit de cojouissance, dont les utilités *ad rem* sont voisines de celles du droit de copropriété. Aussi, est-il logique, voire souhaitable — encore qu'hétérodoxe, il est vrai — dans une perspective de protection renforcée des intérêts individuels, que soient reconnues aux associés dans le syndicat lui-même, des prérogatives à vocation collective, complémentaires du droit de jouissance lui-même.

Aussi, faire grief au législateur d'avoir consacré cette vue des choses va beaucoup plus loin que la simple condamnation d'une mesure d'ordre technique, cela équivaut, à vrai dire, à remettre en question le droit de jouissance tout entier, et au-delà, le principe même des sociétés de construction.

Il ne faut pas en induire que la personnalité juridique de la société doit cesser de développer ses effets, mais ils doivent être maintenus en fonction des nécessités de son objet et de sa finalité. Or, ce qu'il y a de remarquable dans les sociétés de construction, c'est que l'attribution de jouissance y opère un changement d'objet, vivifiant l'individualisme du droit de leurs adhérents, elle affecte le contenu même de la personnalité morale. La construction de l'immeuble constituait une entreprise collective véritable, dont la réalisation appe-

(102) Sa formulation a fait l'objet de critiques. — LOMBOIS, *Commentaire de la loi du 10 juillet 1965*, D. 1966, L. 105, n° 75. On reproche principalement d'utiliser le terme lot en visant deux situations de nature juridique différente. — PERRET, *Difficultés résultant de la coexistence d'une société de construction et d'une copropriété relativement à un même immeuble*, mémoire pour la D.E.S. de droit privé, Nice, 1971, p. 7.

(103) CABANAC, *Le nouveau statut de la copropriété*, A.J.P.I. 1965.652. — LOMBOIS, *op. cit.*, *ibidem*. — SEGUIN, *La transparence juridique, quelques aspects de la nouvelle réglementation*, Gaz. Pal. 1966, p. 104, et s. — PERRET, *op. cit.*, *ibidem*.

(104) CABANAC, *Contestations et difficultés provoquées par la coexistence d'un syndicat de copropriétaires et d'une société de construction*, A.J.P.I. 1969.610. — PERRET, *op. cit.*, p. 11.

lait une personne morale élaborée. L'attribution en jouissance transforme ces données. Si elle ne touche pas sa fonction *d'expression collective*, elle émousse, en revanche, ses effets sur les relations internes du groupement, l'ordre sociétaire perdant de son autonomie par rapport à l'ordre général. Ce qui a pour conséquence de rapprocher le premier du syndicat de copropriété.

Mais, pour être techniquement voisins, état de cojouissance et copropriété, ne peuvent être identifiés. Le droit de jouissance des candidats propriétaires reste incorporé à un authentique droit d'associé, qui tire sa logique interne et son existence même, du *système social préexistant*; ce qui n'est pas vrai du syndicat des copropriétaires, qui à l'inverse, vient d'une certaine manière se superposer à la coexistence *préalablement* reconnue du droit de propriété en concours sur un même immeuble (105). C'est pour cette raison que le droit de jouissance de l'associé n'est pas doté des mêmes qualités que celui de copropriété.

158. — B) En effet, au regard de celui-ci et pour les motifs que nous venons d'exposer, il présente la double particularité d'être à la fois relatif et dépendant.

1° *Relatif*, tout d'abord, en ce sens qu'il n'est pas opposable aux tiers. A leur égard, la société est seule propriétaire de l'immeuble attribué en jouissance. L'immeuble reste indépendamment de cette attribution, le gage des créanciers sociaux (106); par voie de conséquence, le droit de jouissance lui-même n'est pas susceptible d'hypothèque.

Situation qu'a pleinement consacrée la loi du 16 juillet 1971, puisque afin de faciliter l'accession à la propriété individuelle, elle ouvre la faculté à la société de se porter caution hypothécaire au bénéfice de son associé, afin que celui-ci obtienne d'organismes prêteurs, les fonds nécessaires à l'exécution de son obligation de répondre aux appels de fonds (107).

Dans le même ordre d'idée, on retiendra que le bail consenti par l'associé sera inopposable aux adjudicataires des parts acquises sur ventes forcées (108). Enfin, on admet, en principe, que l'associé n'est pas en droit d'agir directement en responsabilité contre l'architecte ou l'entrepreneur, en cas de vices et malfaçons constatés dans l'appartement qui lui a été affecté (109).

(105) *Infra*, II, p. 1 et s.

(106) WALET, *op. cit.*, p. 340, n° 416.

(107) JESTAZ, *op. cit.* n° 77-81.

(108) THIBIERGE, *op. cit.*, 71. — SIZAIRE, Jurisclasseur civil, appendice, art. 1832-1873, fascicule II, n° 37. — WALET, p. 340, n° 416. — Voir *contra* CABANAC, note sous Paris, 1^{er} juil. 1963, A.J.P.I. 1964.II.125.

(109) CASTOU, *Les actions ouvertes au porteur des parts de sociétés immobilières*, A.J.P.I. 1968.I.572.

Encore que cette dernière solution ait été récemment remise en question (110). Dans cette affaire, un porteur de parts, troublé dans la jouissance de son lot, avait assigné entre autres défendeurs — l'entrepreneur intéressé et l'architecte; le Tribunal de Paris reçoit sa demande et justifie sa décision en recourant à la théorie de la stipulation pour autrui tacite; compte tenu des éléments de l'espèce la démarche a pu paraître satisfaisante (111) mais elle ne saurait être érigée en principe, ce que relève M. Cornu dans ses observations. Cet auteur propose, pour parvenir au même résultat, de considérer que l'associé n'est pas un tiers par rapport au contrat d'entreprise et qu'il a droit d'agir en sa qualité d'ayant cause à titre particulier de la société. Pour élégant qu'il soit, ce raisonnement s'accommode malaisément du particularisme de la situation examinée. Il suppose que l'associé est titulaire d'un *jus ad rem*, et qu'il détient son droit d'un contrat passé avec la société, ce qui n'est pas le cas. L'associé n'a de droit que dans la société et non pas contre elle. C'est pourquoi, le droit de jouissance, en même temps qu'il est relatif, est encore dépendant.

2° Ce caractère de *dépendance* se révèle :

En premier lieu, au regard de l'intérêt collectif. L'associé ne pourra s'opposer aux améliorations décidées collectivement, en conformité de l'objet et de l'intérêt social (112); de la même façon il devra se soumettre aux éventuelles modifications statutaires, dès lors qu'elles ont été régulièrement acquises (113); mais il va de soi, que l'associé sera en droit de contester ces décisions dans les termes du droit commun des sociétés. Savoir, en invoquant l'abus de droit, s'il estime que dictées uniquement par des intérêts particuliers, elles sont en contradiction avec l'intérêt collectif (114); que le droit de jouissance soit sanctionné par cette mesure qui procède d'une parfaite logique collective, constitue, à l'évidence, une démonstration significative de son caractère social.

En second lieu, par le fait que le droit de jouissance est lié au sort de la société. Il est classique et vrai de dire qu'il ne subsiste dans l'originalité de ses traits qu'autant que dure la société elle-même (115); ce qui est également exact du droit de séjour des associés de sociétés de « multipropriétés » lequel présente encore la particularité de n'être exercé qu'épisodiquement (116).

C'est donc moins les utilités du droit que ses caractères qui participent du système sociétaire.

(110) T.G.I. Paris, 25 avril 1973, R.T.D. civ. 1973.584, obs. CORNU.

(111) CORNU, cf. note précédente.

(112) Paris, 18 mai 1969, D. 1969, som. 85.

(113) SIZAIRE, Jurisclasseur civil, appendice, art. 1832, fascicule II, n° 45.

(114) Paris, 22 juin 1963, A.J.P.I. 1964.297.

(115) GIVORD, GIVERDON, *Répertoire des sociétés*, Dalloz. V. *Sociétés de construction*, n° 49.

(116) DACOT et SPITERI, *op. cit.*, n° 16 et n° 19.

159. — Au bénéfice de cette analyse, on est amené à constater que l'originalité du droit de jouissance attribué aux membres des sociétés d'attribution procède de deux sources :

- d'une part, et principalement, il est intégré à un droit d'associé qui n'a d'existence qu'autant qu'est préalablement reconnue celle de la société;
- d'autre part, il résulte d'un démembrement que l'on ne saurait rapprocher de ceux consacrés par le Code civil, dans la mesure où il affecte davantage les qualités des droits réels, que leurs prérogatives, étant observé à cet égard que la société, considérée comme propriétaire de l'immeuble, n'a pas sur ce dernier les mêmes pouvoirs, revêtus des mêmes caractères que ceux d'un véritable propriétaire.

Ces contradictions internes cesseront avec la société elle-même, que celle-ci soit dissoute ou que l'associé exerce son droit de retrait. Celui-ci opère un changement de qualité, car, de façon dérogatoire au droit commun, il permet à l'associé de sortir du groupement qui subsiste, tout en se voyant attribuer la part qui lui revient dans l'actif social; mécanisme voisin de ce que l'on rencontre dans les sociétés coopératives, mais étranger aux sociétés classiques.

Ici, apparaît le lien qui peut exister entre le droit de jouissance reconnu aux associés de certains groupements et leur droit de s'en retirer. La logique du régime de ce dernier étant soumise aux mêmes facteurs qui ont contribué à forger celle du premier. A la diversité des droits de jouissance correspond donc, d'une certaine manière, celle des droits de retrait.

SECTION II

LE DROIT INDIVIDUEL DE RETRAIT

160. — Que les membres de certains groupements de type sociétaire aient le droit de s'en retirer, indique incontestablement la persistance au sein de l'ordre collectif, d'un *fort individualisme*.

L'associé, peut, par là, échapper à l'emprise communautaire. Est-ce à dire, cependant, que cette prérogative ait toujours la même signification quelle que soit la personne morale à l'intérieur de laquelle elle pourra être exercée ?

En d'autres termes, son existence révèle-t-elle un individualisme juridique toujours *identique, constant* ? Une réponse affirmative ne rendrait pas compte de la réalité, qui sous l'apparence d'un phénomène unique — la possibilité donnée aux membres d'un groupement de s'en exclure — est multiple et diversifiée. Car non seulement les conditions de mise en œuvre de ce droit seront fonction de la logique inhérente à chaque personne morale — à preuve le droit de retrait

particulier dont bénéficient les candidats propriétaires d'une société immobilière d'attribution — ce que nous avons déjà été amenés à souligner, mais encore l'individualisme qui en constitue le fondement, procède directement de la notion même de société (117) et de la conception que l'on peut en avoir.

A cet égard, l'examen des conséquences de l'exercice de ce droit sur le sort collectif, permet de vérifier l'exactitude de cette assertion, en même temps qu'il fait apparaître une alternative.

Restera-t-on attaché à une définition contractuelle et « réaliste » de la société et le défaut de volonté sociale, d'*affectio societatis* que manifeste le désir de retrait, d'un des associés, entraînera la disparition du groupement lui-même. Dans ces conditions, le droit de retrait est d'abord *un droit à la dissolution*.

Permettra-t-on, au contraire, à l'associé de s'exclure de la société sans que l'existence de celle-ci soit mise en question, et l'on accusera son autonomie par rapport à la volonté individuelle de ses adhérents. On consacrera la personnalité morale en tant que technique juridique.

Il est remarquable que chacun des termes de cette option implique une définition différente de la volonté individuelle. Dans le premier cas, elle est envisagée de façon unitaire, *monolithique*. C'est une *volonté indivisible* qui participe à la création du groupement, mais également à son fonctionnement; la société « ne dépasse plus les associés, elle leur appartient plus qu'ils ne lui appartiennent, elle leur sert et dépend d'eux collectivement et individuellement. C'est l'exaltation de l'*affectio societatis* et du *jus fraternitatis*. La société n'est plus seulement le résultat d'une volonté commune, instantanée, mais définitive de la créer, d'une volonté individuelle continue et constante de collaborer » (118).

Dès lors, la disparition de cette volonté en cours de vie sociale doit corrélativement entraîner celle de la personnalité morale. Dans la seconde hypothèse, en revanche, on dissocie volonté de fondation et volonté d'action collective. On conçoit alors que le départ d'un associé ne conduise pas nécessairement à la cessation de l'entreprise sociale.

161. — Le choix de l'une ou l'autre des branches de cette alternative n'a pas, de ce fait, d'incidence qu'abstraite, loin de là. A vrai dire, c'est le sort de l'entreprise qui soutend la société qui est en jeu. Or, si dans la conception classique on envisage la société principalement comme un groupement de personnes, en ne se souciant guère de l'entreprise, en revanche, l'analyse contemporaine déplace l'accent sur la réalité économique et sociale que représente cette dernière. Aussi bien ce droit de retrait, s'il manifeste en toute hypothèse

(117) SCHAEFFER, *Les causes d'ordre public de dissolution des sociétés*, in Mélanges Hamel, p. 227, sp. p. 230 et p. 228, n° 3.

(118) SCHAEFFER, *op. cit.*, in Mélanges Hamel, p. 227.

le souci législatif de protéger l'individu face au collectif, alors que dans sa définition traditionnelle, il sacrifie l'intérêt collectif à l'intérêt individuel, dans sa définition moderne, il tente de les concilier.

Le droit positif manque à ce sujet d'homogénéité. Il consacre l'une et l'autre de ces conceptions ou, plus précisément, offre des illustrations des deux.

Sans doute, sa tendance générale est-elle à l'abandon du droit de retrait-dissolution au profit d'une plus large reconnaissance d'un droit de retrait-exclusion (119). Il n'empêche que les articles 1859 et 1871 du Code civil constituent toujours les textes de principe en cette matière (120) encore que leurs applications deviennent exceptionnelles.

L'étude du droit de se retirer d'un groupement de type sociétaire fait donc apparaître la substitution progressive d'un nouvel individualisme, porteur de l'idée d'indépendance des membres, à l'individualisme classique qui recélait, au contraire, celle d'interdépendance.

Pourtant, ce droit de retrait qui procède de ce nouvel individualisme conçu pour concilier intérêt privatif et intérêt collectif, n'est pas sans danger pour ce dernier. Son exercice discrétionnaire est susceptible de déséquilibrer le système social; aussi bien est-il logique qu'il soit sous une certaine dépendance des impératifs communautaires. C'est sur ces deux mouvements opposés que nous nous arrêterons en portant l'attention :

- d'une part, sur l'hypothèse où le sort de la société dépend du droit de retrait;
- d'autre part, sur celle où il en est indépendant.

Sous-Section I

LE SORT DE LA SOCIÉTÉ DEPEND DU DROIT INDIVIDUEL DE RETRAIT

162. — Prolongeant et complétant l'article 1865, alinéa 5, du Code civil, l'article 1869 ouvre à l'associé un droit de renonciation, qui est

(119) GUYON, note sous Douai, 5 juillet 1970, J.C.P. 1971.I.16626 ; *adde* loi du 29 novembre 1966, article 18 ; G.I.E., ord. 23 septembre 1967, article 7, alinéa 2 ; *adde* en ce qui concerne les groupements d'intérêt économique : GUYON et COQUE-REAU, *Les G.I.E., op. cit.*, n° 150 et 371.

(120) On observera que dans le projet de loi modifiant les articles 1832 et suivants du Code civil furent purement et simplement supprimées les dispositions contenues dans l'article 1869 sans que soit prévu en contre partie un droit de retrait. Seul, subsiste en substance l'article 1871.

d'abord le droit de provoquer la dissolution de la société (121). Bien que seul ce texte doive nous retenir, il ne paraît pas inopportun de le situer au regard de l'article 1871 qui donne, quant à lui, la possibilité aux membres d'une société à durée limitée d'en solliciter judiciairement la dissolution avant terme, « pour de justes motifs ».

Pour consacrer des situations techniquement différentes, ils n'étaient pas à l'origine fondamentalement étrangers l'un à l'autre. En effet, tous deux sanctionnaient des relations juridiques essentiellement interindividuelles, de type purement contractuel. La société étant alors envisagée principalement comme un groupement de personnes (122).

Logiquement donc, leurs fondements respectifs découlaient de cette source unique. Aussi bien de ce point de vue, suivant une démarche naturelle, on estimait que l'article 1869 du Code civil ne constituait qu'une illustration du principe selon lequel on ne saurait être tenu par des engagements « perpétuels » (123).

Tandis que l'article 1871, quant à lui, se présentait comme le projet dans le domaine spécial du contrat de société, des dispositions de portée générale de l'article 1184 du Code civil (124).

Mais l'évolution propre à chacun de ces textes, étroitement liée à celle de la société, en a modifié la signification et les a dissociés.

S'harmonisant parfaitement avec la prise en considération par le droit de la notion d'entreprise (125) qui constitue le support nécessaire à l'avènement d'un véritable système juridique de valeur, l'article 1871 du Code civil apparaît davantage, de nos jours, comme conférant aux associés un action individuelle à finalité collective, sous la dépendance d'exigences économiques; alors que l'article 1869 consacre, au contraire, un droit purement individuel, indépendant des intérêts de l'entreprise.

(121) Art. 1869 : « la dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est illimitée, et s'opère par une renonciation, notifiée à tous les associés, pourvu que cette renonciation soit de bonne foi, et non faite à contre-temps ».

(122) M. PAILLUSSEAU a clairement exposé, dans sa thèse, cette conception classique de la société; cf. *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise*, p. 17 et s.

(123) CHOUKROUN, *Les droits des associés non-gérants dans la S.A.R.L.*, L.G.D.J. 1957, p. 199 et s. — SCHAEFFER, *op. cit.*, in *Mélanges Hamel*, p. 237 et s.

(124) CHOUKROUN, *op. cit.*, p. 205; adde DUQUESNOY, *La dissolution des sociétés pour justes motifs*, Thèse Lille, 1926. — HAMEL et LAGARDE, n° 477.

(125) RIPERT, *Aspect juridique du capitalisme moderne*, L.G.D.J. 1951. — DURAND, *La notion juridique de l'entreprise*, Travaux de l'association Capitant, 1947, Tome III, p. 45. — DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Toulouse, 1957, préface G. MARTY. — PAILLUSSEAU, thèse précitée, n° 69 et s. — CHAMPAUD, *op. cit.*, n° 375 et s. — DIDIER, *Droit commercial*, Thémis, P.U.F., éd. 1970, p. 229 et s. — CHAMPAUD et PAILLUSSEAU, *L'entreprise et le droit*, dossier collection U2. — CONTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, Thèse Rennes, 1972, sp. n° 522 à 817.

Autrement dit, si le premier exprime pleinement un nouvel individualisme, issu de l'accueil des phénomènes collectifs, le second traduit la persistance d'un principe qui leur est antinomique; il n'est pas surprenant que la jurisprudence en limite la portée.

Dualité qui mérite d'être précisée dans son contenu.

163. — Conçu primitivement comme le moyen de mettre fin à un contrat qui a perdu un de ses éléments essentiels : la volonté concordante des parties contractantes, l'article 1871 est, de nos jours, devenu le support d'une action très étroitement liée aux intérêts gravitant autour de l'entreprise (126).

Utilisant le pouvoir souverain que leur reconnaît en cet endroit la Cour de cassation (127), les tribunaux ont déplacé, pour employer l'heureuse formule d'un auteur, « l'accent tonique » de l'article 1871 du Code civil (128). Classiquement, les causes subjectives de dissolution étaient principalement prises en compte : manquement d'un associé à ses engagements, fonctionnement anormal du contrat (tenant à l'incapacité de l'une ou plusieurs des parties), mésintelligence entre associés (129).

Aujourd'hui, c'est la gravité objective de leurs conséquences que l'on retient. « Une cour d'appel, statue la Cour de cassation dans un arrêt significatif, justifie le rejet d'une demande en dissolution fondée sur l'article 1871 du Code civil, en refusant de retenir comme juste motif une mésintelligence entre associés, dont le demandeur est seul responsable, et dont il n'est pas constaté qu'"elle mette la société en péril" » (130).

Aussi que la considération du sort de l'entreprise dicte désormais les décisions jurisprudentielles, entraîne au regard de l'action engagée deux effets complémentaires :

Lorsqu'elle ne reposera que sur des motifs purement personnels, la demande sera rejetée, tandis qu'elle sera accueillie si la mesure sollicitée apparaît comme moyen approprié de sauvegarder les divers intérêts attachés à l'entreprise que paralyse et met en péril la crise de la société.

164. — On comprend ici que la transformation des conditions d'efficacité de l'action, visée à l'article 1871, ait modifié le sens de

(126) SCHAEFFER, *op. cit.*, p. 244 et s., et n° 31. — GUYON, note sous Douai, 3 juillet 1970, J.C.P. 1971.I.16626.

(127) Cass. req., 10 mai 1926, I, p. 193, D. 1927.I, p. 133 ; Req. 12 déc. 1934, D.H. 1935, p. 82 ; Cass. Com., 12 juin 1961, Bull. 1961.3.328 ; S. 1962.121, note AUTESSERRE, D. 1961.661, Rev. soc. 1962.152.

(128) SCHAEFFER, *op. cit.*, p. 232, n° 10.

(129) CHOUKROUN, thèse précitée, p. 207 et s.

(130) Com. 25 fév. 1964, Bull. civ. 1964.3.85 ; *adde* Com. 30 mai 1961, Bull. civ. 1961.3.217 ; Com. 16 fév. 1970, Bull. civ. IV.56 ; Com. 26 avr. 1971, Bull. civ. IV.111 ; Paris, 10 nov. 1964, J.C.P. 1965.14133 ; Douai, 3 juillet 1970, J.C.P. 1971.16626, note GUYON.

l'action elle-même, en même temps que celui du rôle des tribunaux dans la vie de la société : le demandeur, qui agissait autrefois en vertu du jeu contractuel, intervient maintenant en gardien des intérêts collectifs largement entendus; plus exactement, son propre intérêt doit interférer avec ceux de l'entreprise. Dès lors, parallèlement, la mission du juge a évolué. *Il arbitrait des relations conventionnelles, il apprécie aujourd'hui des données économiques.*

Ce n'est pas dire qu'il soit devenu, comme on a pu le prétendre, un organe subsidiaire de la société, mais la logique de son action s'est modifiée, une appréhension collective des problèmes s'étant substituée à une approche individualiste.

Toutes choses restant égales, on pourrait mener à cet égard une comparaison révélatrice de cette évolution entre l'article 1871 du Code civil et l'action en régularisation (131) des sociétés commerciales affectées d'un vice de constitution. Bien que répondant à des situations diamétralement opposées, elles obéissent à une même philosophie. Elles sont d'une certaine manière symétriques. Ainsi, la régularisation, qui est d'ordre public, pourra être requise par « tout intéressé ». Et l'on donne, en doctrine de cette locution, une définition très large, « l'intérêt étant la seule mesure de l'action, s'interrogeaient des auteurs, on peut même se demander s'il ne suffit pas de l'invoquer pour en établir l'existence. En tout cas, l'action est certainement à la disposition des personnes suivantes : associés, dirigeants non associés, commissaires aux comptes et créanciers de la société, étant observé que chacun peut agir isolément; en outre, il est permis de penser que les créanciers personnels d'associés, indéfiniment responsables des dettes sociales, et aussi les salariés, ont intérêt à ce que la constitution de cette société soit régulière, et par conséquent, à ce qu'elle soit régularisée » (132).

Or, il est édifiant de constater, pour revenir à l'article 1871 du Code civil, qu'initialement réservée aux seuls associés (133) l'action en dissolution a été ouverte aux créanciers de la société par la jurisprudence (134) qui a en outre reconnu au comité d'entreprise, le pouvoir d'intervenir à l'instance (135).

Il y a plus. Comme l'action en régularisation, elle est d'ordre public (136). Sans doute, l'a-t-elle toujours été (137), mais la perma-

(131) Article 6, alinéa 2 et article 362 de la loi du 24 juillet 1966.

(132) HEMARD, TERRÉ, MABILAT, *Sociétés commerciales*, 1972, p. 192, n° 216.

(133) CHOUKROUN, *op. cit.*, 213. — LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, Tome II, n° 336. — AUBRY et RAU, ESMEIN, Tome VI, p. 67.

(134) Civ. 20 oct. 1965, Bull. civ. 426. — *adde* HOUPIIN et BOSVIEUX, n° 204. — DUQUESNOY, *op. cit.*, n° 144, p. 229 et s. — SCHAEFFER, *op. cit.*, p. 251, n° 42.

(135) Rouen, 17 janvier 1963, D. 1963.740. — *adde* MERCADAL et JANIN, p. 51, n° 351.

(136) CHOUKROUN, *op. cit.*, p. 214. — SCHAEFFER, *op. cit.*, p. 249, n° 39 et s. — MERCADAL et JANIN, n° 351.

(137) Voir cependant l'opinion inverse, soutenue par THALLER, *Annales de droit commercial*, 1894, p. 177, cité par SCHAEFFER, *op. cit.*, p. 249.

nence de ce caractère ne saurait masquer la réalité qu'il recouvre. La définition classique de la notion d'ordre public, implique une référence directe à la liberté individuelle et c'est dans ce sens que l'on admet encore que l'article 1869 du Code civil est d'ordre public (138) mais, cette définition n'est pas, ou n'est plus, applicable à l'article 1871.

Ici, la notion d'ordre public apparaît comme l'instrument juridique, destiné à préserver des intérêts collectifs, économiques et sociaux; à preuve la particulière rigueur de la jurisprudence sur ce point qui déclare nulle toute stipulation statutaire qui aurait pour objet d'entraver ou de faire échec à la libre mise en œuvre de l'action (139).

Dans la mesure où l'article 1871 se révèle aujourd'hui comme « la disposition clef en matière de dissolution pour raison d'ordre public économique » (140), il ne paraît guère concevable que l'exercice du droit qu'il confère puisse être paralysé par une clause de rachat des droits sociaux du demandeur à la dissolution par les autres associés (141).

Cette solution méconnaîtrait la véritable substitution de fondement qu'a opérée la jurisprudence relativement à l'article 1871 du Code civil. Celui-ci a parfaitement été intégré au mouvement suivi par le droit des associés; ses vertus intrinsèques lui ont permis de s'accommoder aisément des exigences économiques qu'a révélées ce mouvement.

165. — A l'inverse, ces mêmes exigences sont apparues en opposition avec les dispositions de l'article 1869 du Code civil. A son égard, on n'assiste plus à une transformation substantielle de son contenu, mais à sa progressive éviction du droit positif.

Pour en comprendre les raisons, il importe de se placer à nouveau dans une perspective évolutive. Là encore, le rapprochement de la société civile et de l'indivision doit constituer le point de départ de la démonstration, mais il ne s'agit que d'un aspect du problème. A la vérité, dès l'origine, le fondement du droit unilatéral de renonciation est assez ambigu. Il participe tout à la fois de l'impossibilité pour les contractants d'engager leur activité pour une durée illimitée (142), dans ce sens, il s'apparente à l'article 1780 du Code civil, et de la liberté donnée à l'indivisaire de sortir de l'indivision. Sous cet angle, il est proche de l'article 815 du Code civil. Autrement dit, *l'article 1869 développe ses racines dans le droit du contrat comme celui des biens*. Là, réside son originalité.

(138) Paris, 13 avril 1964, J.C.P. 1965.II.14321.

(139) Req. 9 mars 1903, D. 1904.I.89, note PERCEROU; Com. 23 janvier 1950, D. 1950.300; Com. 12 juin 1961, G.P. 1961.2.176.

(140) SCHAEFFER, *op. cit.*, p. 244, n° 31.

(141) SCHAEFFER, *op. cit.*, p. 250, n° 41. Voir cependant l'opinion inverse, MERCADAL et JANIN, n° 351, p. 131.

(142) CHOUKROUN, *op. cit.*, p. 199.

Au moment de l'élaboration du Code civil, il existe, on le sait, un « parallélisme » certain (143) entre la société civile et l'indivision : il apparaît à la lecture des articles 815 et 1869.

Indépendamment d'une philosophie qui leur est commune, et qui tient à une conception identique de l'individu dans les groupements patrimoniaux à durée non limitée, certaines analogies d'ordre technique méritent également d'être soulignées, « l'article 1872, note un auteur dans ce sens, soumet en effet aux règles du partage des successions le partage à intervenir entre associés; on y a introduit effectivement la théorie de la lésion, le rapport en moins prenant, et l'effet déclaratif » (144).

Pourtant, dès cette époque, s'il est incontestable que l'idée d'indivision est présente dans les dispositions de l'article 1869, on ne peut non plus nier que *l'idée d'activité commune et d'entreprise collective n'en est pas absente*; à preuve l'existence même de ce texte qu'il faut en outre combiner avec l'article 1870 (145). Sans doute, l'associé peut-il renoncer à tout moment, mais encore doit-il le faire de bonne foi. Ce n'est là que la réaffirmation d'un des principes généraux du contrat. On le voit, ces règles étaient tout naturellement conformes à l'analyse purement contractuelle de la société, c'est-à-dire celle qui la définit comme étant avant tout une convention entre associés. Mais la personification du groupement allait modifier ces données, moins par elle-même que par l'autonomie du sort de la société qu'elle sollicite. Le foyer des difficultés fut ainsi déplacé.

Il s'agissait désormais d'apprécier l'opportunité de la renonciation tout autant au regard de la situation des autres associés que relativement à celle de l'être moral. Dès lors, la renonciation a pour effet non seulement de mettre fin à une relation conventionnelle à durée indéterminée, mais encore et surtout de provoquer la disparition d'un sujet de droit, conséquence qui est sensiblement plus grave, compte tenu de la multiplicité et de la diversité des intérêts en cause.

Aussitôt, surgit le dilemme suivant : une entreprise en plein essor, florissante sur le plan économique peut-elle être de la sorte dépendante de la volonté de chacun des associés ? Mais, d'un autre côté, est-il légitime et juste d'interdire à un associé de se prévaloir de l'article 1869 et d'admettre qu'il puisse être tenu à vie dans un lien juridique (146) ? A l'évidence, une réponse négative s'impose dans les deux cas.

(143) DELHAY, *op. cit.*, pp. 86 et 87, n° 52.

(144) DELHAY, *op. cit.*, n° 52, qui donne la jurisprudence correspondante à chacune de ces hypothèses, note 4, req. 26 mai 1897, D.P. 1898.I.99 ; note 5. Civ. 6 août 1895, D.P. 1896.I.125 ; note 6, Toulouse, 31 juillet 1820, S. 1821.3263 ; *adde* MERCADAL et JANIN, n° 3701.

(145) Art. 1870 du Code civil : « la renonciation n'est pas de bonne foi lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposés de retirer en commun. Elle est faite à contre-temps lorsque les choses ne sont plus entières et qu'il importe à la société que sa dissolution soit différée ».

(146) SCHAEFFER, *op. cit.*, p. 237, n° 18.

Ainsi, on mesure avec quelle vivacité la personnification de la société a intensifié le conflit, que recelait à l'état virtuel l'article 1869. La jurisprudence, en présence d'intérêts aussi bien fondés que contradictoires, a tenté d'en aménager la conciliation, tandis qu'elle maintient le principe d'un droit unilatéral de renonciation, elle atténue, dans le même temps, ses conséquences en limitant la portée, le vidant ainsi partiellement de son contenu.

166. — Elle a toujours affirmé, et elle continue de le faire, en dépit de l'opinion contraire émise par certains auteurs (147), que ce droit est d'ordre public dès lors qu'il n'est point fixé de terme à la société (148). Et, les tribunaux ont donné une définition assez large de cette dernière condition; a été ainsi qualifiée d'illimitée, la société « qui a pour objet des opérations dont le terme est indéfini » (149).

De façon plus générale, on constate qu'ils ont adopté une méthode d'interprétation *in concreto*, plutôt qu'*in abstracto* (150). C'est pourqu岸, il est jugé de façon constante qu'une société constituée pour 99 ans — voire prorogée de soixante-dix ans — est une société réellement illimitée (151). La solution ne soulève aucune discussion pour les sociétés civiles. Mais, une même remarque ne peut être formulée à l'égard des sociétés commerciales; en ce qui les concerne, un point fait difficulté depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1966 dont l'article 2 dispose : « ...la durée qui ne peut excéder 99 ans... ». Faut-il en conclure, que la société dont le terme est fixé à quatre-vingt-dix-neuf ans, doit être considérée comme une société à durée limitée, échappant par voie de conséquence à la jurisprudence que nous venons d'évoquer ?

L'affirmative ne peut être retenue (152); pour quelles raisons ? A la vérité, il serait inexact de *confondre le terme qui est une limite et la durée qui est l'espace de temps qui s'écoule jusqu'à cette limite* « l'article 2, relèvent MM. Mercadal et Janin avec raison, se borne

(147) PLANIOL et RIPERT, Tome XI, édition 1954, n° 1065, par LEPARGNEUR. — BAUDRY-LACANTINERIE, WAHL, n° 445.

(148) Paris, 13 avril 1964, J.C.P. II.14321 : « aucune convention ni disposition de statuts ne saurait limiter l'exercice du droit d'intenter une action judiciaire en dissolution d'une société, en application de l'art. 1869 du Code civil, le droit de demander la dissolution d'une société à durée illimitée appartient à tout associé sauf une mauvaise foi ou usage à contre-temps, il est d'ordre public et on ne peut y mettre obstacle par avance ».

(149) Civ. 1^{er} juin 1859, D.P. 1859.I.244 ; *adde* dans le même ordre d'idée, Lyon, 13 janvier 1943, D.C. 1944.34, note PIC.

(150) GUYON, note sous Douai, 3 juillet 1970, J.C.P. 1971.II.6626.

(151) Douai, 26 mars 1959, J.C.P. 1959.II.11356, note J.R. 1959.247 ; Civ. 30 janvier 1963, D. 1963.308, Bull. civ. III.63 ; Alger, 23 juin 1960, Gaz. Pal. 1960.2322.

(152) Douai, 3 juillet 1970, J.C.P. 1971.II.16626.

à interdire une durée supérieure à 99 ans, il ne prend pas partie sur les conséquences à tirer d'une telle durée » (153).

Dans le prolongement de cette analyse, on peut encore faire valoir que l'article 2 ne vise que la société en tant que telle, alors que de par son fondement même, l'article 1869 doit, pour recevoir application, s'apprécier dans la personne de l'associé ce que fait la jurisprudence, ne se référant tacitement qu'à un critère réel et non pas formel (154). Si bien que le principe de renonciation unilatérale demeure pleinement valable, s'agissant des sociétés commerciales.

167. — Mais on ne peut méconnaître que sa mise en œuvre est aujourd'hui strictement conditionnée. A ce stade, les tribunaux se donnent pour objectif de préserver les intérêts collectifs contre le désordre que pourrait engendrer une trop grande liberté dans l'exercice de ce droit. Pour y parvenir, ils ont adopté deux procédés dont les effets se rejoignent.

Le premier consiste à solliciter très largement les restrictions que renferment les articles 1869 et 1870, en leur donnant en outre un contenu plus économique que strictement juridique. La démarche semble identique à celle empruntée dans le cadre de l'article 1871 (155) ; ici, la notion de « contretemps », comme là celle de « justes motifs », sont des moyens par lesquels on est amené à évaluer la situation de l'entreprise dont la société a la propriété, et les conséquences de sa cessation « la demande en dissolution, juge la cour d'appel de Paris, devrait être considérée comme étant faite à contretemps lorsqu'elle intervient à un moment où l'accumulation des stocks fait prévoir une liquidation désastreuse, ou en période de crise économique, ou encore en période de premier établissement » (156).

Que les juges du fond soient souverains dans l'appréciation des circonstances a favorisé ce mouvement (157), quant à la bonne foi, requise pour que soit légitimé l'exercice du droit de renonciation, elle a été habilement utilisée pour faire échec aux actions manifestement mises en mouvement dans un but étranger à l'intérêt individuel bien compris (158).

168. — Mais allant au-delà, la jurisprudence, faisant œuvre prétorienne, a encore refusé à l'associé de se prévaloir des dispositions de l'article 1869 dès lors qu'il est en mesure de « céder librement

(153) MERCADAL et JANIN, n° 348. — GUYON, note sous Douai, 3 juillet 1970, J.C.P. 1971.16626.

(154) Douai, 3 juillet 1970, J.C.P. 1971, note GUYON, Rev. soc. 1970, p. 635.

(155) SCHAEFFER, *op. cit.*, n° 25.

(156) Paris, 13 avril 1964, J.C.P. 1965.II.14321 ; *adde* Req. 2 mai 1946, D. 1946.286, Gaz. Pal. 1946.213 ; Douai, 3 juillet 1970, J.C.P. 1971.16626, note GUYON, Rev. soc. 1970.635.

(157) Com. 30 mai 1961, Bull. civ. 1961.III.217.

(158) Douai, 3 juillet 1970, précité, note GUYON.

ses droits sociaux » (159), d'où l'on déduit justement que le droit de retrait-dissolution est revêtu d'un caractère subsidiaire (160).

La règle ne va pas sans incertitude dans son application, mais elle appelle également quelques réflexions quant à l'évolution suivie par la théorie des sociétés.

En l'état du principe ainsi posé par la Cour de cassation, il n'est pas douteux que si la société anonyme entre *a priori* dans son champ d'action, à l'inverse et tout aussi certainement les sociétés en nom et en commandite en sont exclues. Si bien que l'actionnaire ne pourra recourir à l'article 1869, tandis que l'associé en nom y sera autorisé.

Mais qu'en est-il des situations intermédiaires qui n'ont pas cette netteté des contours, et plus précisément *quid* de l'exercice du droit unilatéral de renonciation, au sein des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés anonymes, dont les statuts comportent une clause d'agrément ? A vrai dire, dans les deux cas, la question posée est de même nature, et sa solution doit participer d'une même logique. Aussi, mieux vaut-il prendre la société à responsabilité limitée comme point de référence comparatif. La loi du 26 juillet 1966 a, sur ce point, quelque peu modifié les données de ce problème.

169. — En effet, sous l'empire de la loi du 7 mars 1925, on considérait généralement que son article 22, aux termes duquel « les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant les 3/4 du capital social », constituait une entrave suffisamment importante à la transmission des parts, pour que l'article 1869 soit appliqué à la société à responsabilité limitée (161). Certains auteurs cependant, définissant la société à responsabilité limitée comme étant une société de capitaux plutôt qu'une société de personnes, rejetaient cette conclusion (162), mais, bien qu'exacte, et en tout cas vérifiée par la suite, cette analyse encourait le reproche déterminant de ne pas placer le débat là où l'avait situé la Cour de cassation ; c'est-à-dire uniquement sur le plan de la libre cession des droits. Sans doute, les deux points sont-ils très voisins et interfèrent-ils le plus souvent, mais ils ne s'ajustent pas totalement l'un à l'autre. La forme sociale est une chose, en est une autre la transmission des droits.

Dans une perspective assez proche de celle-ci, on aurait pu encore lier le droit unilatéral de renonciation à la responsabilité mise à la charge des associés. Celle-ci serait-elle indéfinie et ils ne sauraient être prisonniers du groupement, serait-elle à l'inverse limitée et ils pourraient se prévaloir de l'article 1869 (163). Mais, hormis le fait

(159) Cass. req., 29 avril 1897, D. 1898.I.106.

(160) GUYON, note sous Douai, 3 juillet 1970, J.C.P. 1971.16626.

(161) CHOUKROUN, *op. cit.*, 200.

(162) COPPER-ROYER, note sous Req., 9 mars 1936, J. Soc. 1937, p. 130, in CHOUKROUN, p. 200, note 85.

(163) AUGER, Rev. soc. 1937, p. 132 ; *adde*, Trib. com. Valenciennes, 5 septembre 1930, Gaz. Pal. 1950.II.

qu'un tel raisonnement modifie radicalement le fondement de ce texte, on peut encore formuler à son encontre une critique de même ordre que celle adressée à l'opinion précédemment exposée. Il y a confusion de problèmes qui, pour être proches, n'en sont pas moins distincts l'un de l'autre.

Enfin, pour un dernier courant doctrinal, il convenait de rattacher l'exercice du droit de renonciation unilatéral à un refus abusif de l'agrément du cessionnaire (164). Condition qui, si elle pouvait s'expliquer par des considérations économiques, la recherche de la stabilité de l'entreprise, ne pouvait en revanche en aucune façon se justifier sur le plan juridique. Car elle accordait au refus ou à l'acceptation du retrait par les autres coassociés un rôle principal, alors que par nature il ne peut être, en ce domaine, qu'accessoire.

N'est-il pas jugé de façon constante que l'action, engagée sur la base de l'article 1869 en cas de refus des coassociés conduit, lorsqu'elle est légitimée, à un jugement déclaratif prenant effet au jour de la dénonciation (165) ? Aussi, la doctrine majoritaire était-elle de faire tomber la société à responsabilité limitée sous le coup de l'article 1869 (166).

Elle était suivie dans cette voie par la jurisprudence dominante : « s'agissant d'une société de famille créée sous forme de société à responsabilité limitée, décidait la Cour de cassation, et dont la durée est prorogée pour quatre-vingt-dix-neuf ans, doit être cassé l'arrêt qui déclare inapplicable à la cause les dispositions de l'article 1869 du Code civil, alors que les parts d'une société à responsabilité limitée ne sont pas librement cessibles » (167).

On constatait donc la persistance d'une démarche classique dans la protection de l'individu face au collectif. Cette solution peut-elle être maintenue en l'état actuel de la législation sur les sociétés à responsabilité limitée ?

La réponse à cette question appelle un préalable.

Le législateur de 1966 a rapproché, à plusieurs égards, le régime de la société à responsabilité limitée de celui de la société anonyme. La première, envisagée primitivement comme une société de personnes de grande dimension, est devenue une société de capitaux de dimensions réduites; certes, cette remarque n'a pas d'incidence directe sur le sujet qui nous retient présentement, mais elle explique certaines dispositions nouvelles qui, quant à elles, lui sont très étroitement rattachées. Dans cet ordre d'idées, il est à souligner que la loi du 24 juillet 1966 a sensiblement facilité la cession des parts des sociétés à responsabilité limitée.

(164) PIOT, *Traité théorique et pratique des sociétés à responsabilité limitée*, 2^e édition, 1927, n° 78.

(165) Douai, 26 mars 1959, *Gaz. Pal.* 1959.II.47.

(166) CHOUKROUN, p. 201. — SCHAEFFER, *op. cit.*, p. 239, n° 21.

(167) Com. 30 janvier 1963, *D.* 1963.308 ; *J.C.P.* 1963.II.13117 ; *J. Soc.* 1964.179.

De la même façon, qu'elle prévoit un mécanisme équilibré (168). Pour éviter que l'actionnaire ne soit prisonnier de son titre, lorsque les statuts comportent des clauses d'agrément, elle a institué à leur égard des techniques destinées, à atténuer les effets d'un *intuitus personae* jugé trop pesant et contraignant. C'est ainsi, qu'en cas de refus d'autorisation de cession, le cédant sera en droit d'exiger le rachat de ses parts, par les autres coassociés ou par le cessionnaire désigné par la société; et ce, dans le bref délai de trois mois (169). Sous l'éclairage de ce descriptif, il devient difficile de soutenir que l'associé n'est pas libre de quitter le groupement par cette voie.

Sans doute, objectera-t-on que le pouvoir qui lui est ainsi reconnu d'exiger le rachat de ses droits sociaux est conditionné à son appartenance à la société depuis au moins deux ans. Mais cette réserve nous paraît dépourvue d'effet au regard de l'article 1869. Les dispositions de celui-ci ne peuvent jouer que dans la société à durée illimitée, notion, il importe de le rappeler, qui s'apprécie dans la personne de l'associé. Or, ici en quelque sorte, on doit considérer qu'à son égard la société ne devient illimitée qu'au-delà d'une période de deux ans.

Par voie de conséquence, il faut désormais conclure à l'éviction de la société à responsabilité limitée du champ d'application de l'article 1869 (170), *a fortiori*, en ira-t-il de même pour les sociétés anonymes dont les statuts comportent des clauses d'agrément (171). D'ailleurs, dès avant 1966, certaines juridictions du fond avaient admis la validité des clauses statutaires de rachat, exclusives du droit unilatéral de renonciation (172); solution qui, au surplus, avait révélé l'individualisme foncier sur lequel repose le caractère d'ordre public de cette prérogative. La volonté individuelle pouvant ainsi faire échec à la volonté individuelle (173). Aujourd'hui, consacrée légalement, cette solution se trouve, par là même, modifiée dans son contenu logique.

170. — Au stade où nous nous trouvons de nos développements, il importe de tirer les enseignements du principe posé par la jurisprudence, quant à la théorie des sociétés, et plus largement quant à la définition du rapport individu-collectif qu'il contient.

Que l'on ait de la sorte assimilé le droit de renonciation unilatéral, et la cession des droits sociaux est loin d'être dépourvu de signification (174).

(168) *Supra*, p. 279 et s.

(169) Art. 45, alinéa 5, loi du 24 juillet 1966, et art. 30, décret d'application.

(170) MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n° 348.

(171) *Supra*, p. 279 et s.

(172) Trib. com. St-Etienne, 6 octobre 1947, J.C.P. 1948.II.4286, note BASTIAN, Lyon, 10 février 1949.II.4949.

(173) SCHAEFFER, *op. cit.*, p. 239-240, n° 21 et 21 bis.

(174) A cet égard, il est très révélateur qu'un des moyens envisagés par le projet de loi Cousté sur les groupes de sociétés pour assurer la défense des associés *minoritaires*, est la reconnaissance à ces derniers d'un droit de retrait.

Il est vrai que, pratiquement, s'agissant de l'associé, les conséquences de l'un et de l'autre sont de même ordre, — et n'est-ce pas là ce qui a guidé la démarche pragmatique de la jurisprudence ? — Mais cette identité de résultats ne saurait masquer la différence de qualité qui existe entre les deux procédés qui y sont à la source.

Nous l'avons vu, à l'origine, l'article 1869 du Code civil participe tout à la fois du droit des biens et du droit des obligations. Un engagement personnel, mais aussi patrimonial, ne peut être perpétuel. Si bien que, c'est la personnalité même de l'associé qui se trouve être en cause. La société est d'abord un contrat, au sens plénier du terme, qui engage la volonté mais au-delà la personnalité de celui qui y souscrit. À défaut de cette volonté qui doit se renouveler tout au long de la durée de la convention, le contrat disparaît. Il n'y a pas, à proprement parler, de droit d'associé, mais une créance d'un genre particulier.

Il est remarquable que la personnification du groupement ait provoqué l'effacement de la personne des associés. Ce que l'on prend en compte désormais c'est moins leur *personnalité* que le *droit* qu'ils ont acquis du système sociétaire. Du droit des obligations, on passe au droit des biens. Ce phénomène est spectaculaire dans la société anonyme où *l'action* prime *l'actionnaire*.

Mais, pour être moins apparent, il est tout aussi certain dans d'autres sociétés. Il est sigulier et révélateur à la fois, que les tribunaux aient conféré à l'article 1869 un caractère « subsidiaire » en limitant son application aux hypothèses où le droit d'associé n'est pas librement cessible.

Il y a là une confusion des données, pratiquement satisfaisante, certes, mais incontestable. Cette confusion traduit le changement de contenu du concept de société. Celle-ci n'est plus un contrat. Elle est appréhendée comme créant un système juridique spécial, générateur d'un droit de type nouveau, plus ou moins détachable de la personne de son titulaire.

En d'autres termes, la prise en considération du droit, tend à supplanter celle de la personne dans les règles des fonctionnements de la société, dont on assure ainsi l'autonomie et au-delà la pérennité.

La « dimension temporelle » n'est-elle pas juridiquement, comme sociologiquement d'ailleurs, un des éléments constitutifs du système (175) ? Il n'est pas étonnant dès lors, que se soient multipliés les

Voir à ce sujet la remarquable étude de M. RODIÈRE : « la protection des minoritaires dans les groupements de sociétés » (sur la proposition de loi n° 1055 du 9 avril 1970), *Rev. soc.* 1970.243. De la même façon, il n'est pas sans intérêt d'observer qu'un projet relatif à la société à responsabilité limitée européenne prévoit qu'un droit identique pourra être attribué aux associés. Cf. BOUCOURECHLIEV, *Pour une société à responsabilité européenne*, P.U.F. 1973, p. 254.

(175) CARBONNIER, *Sociologie juridique*, édition Armand Colin, collection U, p. 141 et s.

groupements personnifiés, à l'intérieur desquels a été octroyé aux membres un droit de retrait, dont l'exercice ne mettra pas en question l'existence du groupement lui-même (176). La permanence de la société peut ainsi être assurée, en même temps que préservé l'intérêt — mais uniquement l'intérêt — de l'associé. Aussi, a-t-on pu légitimement s'interroger sur le point de savoir si « la dissolution par volonté unilatérale, et peut-être la dissolution pour justes motifs, ne paraissent pas des mécanismes surannés. Elles étaient adaptées à une conception contractuelle de la société, elles trouvent plus difficilement place dans une conception qui fait de la société avant tout une personne morale et qui s'efforce d'assurer à celle-ci le maximum de durée et de stabilité » (177).

S'agissant de la dissolution fondée sur l'article 1871, nous avons précédemment expliqué pourquoi il ne nous semble pas possible de partager ce point de vue.

Essentiellement attaché à une définition conventionnelle de la société, ce texte se trouve en rupture avec la cohérence du système sociétaire découlant de la personnalité morale qui implique une plus grande indépendance des membres de la société les uns à l'égard des autres, mais aussi à l'égard de la société elle-même. C'est pourquoi, la reconnaissance d'un authentique droit de retrait doit nécessairement exclure la possibilité d'invoquer les dispositions de l'article 1869.

On a pu mettre en doute cette corrélation. Le problème s'est posé relativement aux sociétés à capital variable. Certains auteurs, en effet, avaient soutenu que le droit de retrait attribué aux membres de ces sociétés, par l'article 52 de la loi du 24 juillet 1867, devait être exercé dans les conditions fixées par l'article 1869 (178). Mais, bien que quelques décisions aient retenu cette suggestion (179), la plus grande partie de la doctrine se rallie, à juste titre, à la solution inverse (180). C'est que le droit de retrait individuel s'inscrit dans une optique fort différente de celle du droit de renonciation unilatéral. Il procède immédiatement du principe d'autonomie de la société par rapport à ses membres.

(176) Soc. Professionnelle, loi du 26 novembre 1966, art. 18 ; G.I.E., ordonnance du 23 septembre 1967, art. 7, alinéa 2 ; sociétés immobilières d'attribution, sociétés à capital variable ; dans le même ordre d'idée, il importe de signaler la loi du 12 juillet 1967 modifiant l'art. 18 de la loi du 24 juillet 1966 et conférant au gérant statutaire des sociétés en nom collectif révoqué, la faculté de se retirer de cette société. Sur ce point, cf. REMOND, *La révocation des gérants selon l'art. 18 de la loi du 24 juillet 1966*, Rev. soc. 1972, p. 421.

(177) GUYON, note sous Douai, 3 juillet 1970, J.C.P. 1971.II.16626.

(178) HOUPIN et BOSVIEUX, Tome II, 1580. — LYON-CAEN et RENAULT, Tome II, n° 1041.

(179) Douai, 2 août 1906, D.P. 1908.II.241, note LEVILLAIN.

(180) HAMEL et LAGARDE, Tome I, n° 832. — THALLER et PIC, Tome III, n° 1916. — LEVILLAIN, note précitée, et PERCEROU, note sous Douai, 16 mars 1911, D.P. 1914.II.89. — LAPP, Jurisclasseur société, *Sociétés à capital variable*, Fasc. 167 A, n° 73 et s.

L'idée directrice en est que le sort du groupement ne doit pas dépendre du départ d'un de ses adhérents. Les termes du débat sont donc inversés. Ce n'est pas dire que toutes difficultés soient applanies.

Sous-Section II

LE SORT DE LA SOCIÉTÉ EST INDÉPENDANT DU DROIT DE RETRAIT DE L'ASSOCIÉ

171. — Comme nous venons de le vérifier, la conception classique de l'individualisme dans le droit des sociétés portait, en elle-même, le risque de mettre en péril les intérêts individuels des associés. Envisagé comme le moyen de protéger chacun des membres du groupement contre une excessive emprise communautaire, le droit de renonciation unilatéral, dans sa définition d'origine, était susceptible de rendre grandement vulnérable la société, et au-delà, l'entreprise pour laquelle elle avait été créée. Car son sort dépendait de la volonté d'un seul.

Il fallait donc faire échec à ce risque, en appliquant à cette situation des mesures qui soient respectueuses du principe de liberté individuelle, comme de la nécessaire protection des intérêts économiques et sociaux gravitant autour de l'entreprise sociale.

La reconnaissance à chacun des associés d'un droit de retrait-exclusion, c'est-à-dire dont l'exercice ne mettrait pas en question l'existence du groupement, est naturellement apparu comme le moyen le plus approprié de répondre à ces exigences contradictoires.

C'est pourquoi, la législation contemporaine y recourt de plus en plus fréquemment (181). Ce procédé, qui n'est pas sans apporter quelques enseignements sur la théorie de la personnalité morale, et par-delà de celle-ci, sur l'évolution de l'individualisme juridique, a cependant suscité des difficultés quant à sa mise en œuvre.

Il est certain, tout, d'abord, que ce droit marque le déclin de la conception contractuelle, traditionnelle de la société. Alors pourtant qu'il est octroyé dans des groupements, dont on a coutume de dire qu'ils dépendent largement encore dans leur fonctionnement de la volonté de leurs adhérents; que l'on songe par exemple, aux groupements d'intérêt économique, ou aux sociétés civiles professionnelles. Il ne faudrait pas, cependant, inférer de cette remarque, que ces groupements sont dépourvus de tout élément contractuel, bien au contraire (182). Mais ils reposent sur un contrat présentant des carac-

(181) GUYON, note sous Douai, 3 juillet 1970, J.C.P. 1971.16626.

(182) Pour ce qui concerne les G.I.E., cf. notamment DURAND et LATSCHA, *Le G.I.E.*, 1968. — GUYON et COQUEREAU, *Les G.I.E.*, 1969. — GUYENOT, D. 1969, Chron., p. 187, Rev. soc. 1919, p. 162.

tères différents de ceux du contrat classique, ayant un régime plus souple, plus mobile, doté de facultés d'adaptation aux impératifs économiques et sociaux.

A cet égard, on observe que corrélativement, cette mutation s'accompagne de la transformation de la notion d'*intuitus personae*. Autrefois, la prise en considération des qualités personnelles de l'associé, déterminante au moment de la formation de la société, se perpétuait en quelque sorte tout au long de la vie sociale. C'était là la conséquence d'une définition unitaire, monolithique de la volonté individuelle.

De nos jours, on relève au contraire, une espèce de dissociation entre la personnalité de l'associé, appréciée au moment de la création du groupement, et celle qui s'exprime dans l'activité collective. Le droit de retrait, plus largement attribué, suppose en effet moins d'absolutisme et de fixité dans les relations entre associés, et par contrecoup, plus d'autonomie de la société par rapport à ses membres.

172. — Le principe initial est donc inversé. A l'étroite interdépendance de la volonté individuelle et du sort collectif, on substitue une indépendance relative. Ce n'est pas dire que le retrait soit sans incidence sur l'avenir de la société.

Deux remarques permettront de préciser le sens de cette assertion :

En premier lieu, il importe de souligner que la nature du droit de retrait, et donc ses modalités d'exercice, seront fonction de la finalité de la personne morale à laquelle l'associé a adhéré. Certes, il se présente toujours comme le moyen d'échapper à l'ordre collectif, mais tantôt son objet se limite à cette unique conséquence, comme ce sera le cas dans une société à capital variable, tantôt il constitue, en outre, et à titre principal, l'aboutissement logique de l'entreprise commune, comme il en est du droit de retrait dans la société immobilière d'attribution.

« La retraite volontaire, a-t-on observé dans ce sens, ne doit pas être confondue avec certaines situations qui ont avec elle ceci de commun qu'elles aboutissent à faire attribuer à l'associé une fraction de l'actif social mais qui n'en sont pas moins distinctes. Tel est le cas de l'associé d'une société coopérative de construction, constituée sous forme d'une société à capital variable, qui demande l'attribution en pleine propriété de l'appartement auquel il avait statutairement droit. Dans ce cas, le retrait de l'associé aboutit à une diminution du capital statutaire, alors que dans la société à capital variable, il n'aboutit qu'à une diminution du capital effectif. D'autre part, dans la société de construction, le retrait a pour conséquence l'attribution d'un bien déterminé, conformément aux dispositions des statuts, alors que dans les sociétés à capital variable, il n'aboutit qu'à la reprise des apports et à l'attribution d'une partie des réserves. Enfin, dans la société de construction, le retrait est possible alors

même qu'il aboutirait à réduire le capital statutaire au-dessous du minimum prévu à l'article 52 de la loi du 24 juillet 1867 » (183).

En second lieu, on ne saurait méconnaître les suites d'ordre économique, parfois graves, que peut avoir l'exercice de ce droit sur la marche de l'entreprise. Entendons. Il n'est pas nécessaire de rappeler ici que l'adhésion à une société suppose, bien évidemment, de la part de son auteur, tout d'abord, une volonté d'agir collectivement, et donc de s'engager contractuellement, mais également encore l'obligation de faire apport d'un bien, obligation qui trouve sa contrepartie dans l'attribution d'un droit au partage de l'actif au moment de la dissolution.

Or, si le droit de retrait autorise l'associé à s'affranchir de ses liens contractuels, il doit aussi lui permettre de reprendre son apport, comme la plus-value acquise par celui-ci, mesure qui est manifestement susceptible de provoquer le déséquilibre de l'entreprise.

Analysant la faculté de retrait accordée par la loi du 12 juillet 1967 (184) au gérant révoqué d'une société en nom collectif, un auteur écrivait avec une grande lucidité : « conçue par ses auteurs comme une simple mesure de gestion, la faculté de retrait peut surtout devenir une arme entre les mains du gérant évincé. En se retirant, il va, en effet, priver la société de son apport; apport dont l'importance seule aura souvent déterminé sa nomination au poste de gérant (...) et voici l'intérêt principal de la disposition : le gérant dispose contre les associés d'un moyen de rétorsion à la mesure de son influence réelle au sein de la société » (185).

Particulièrement évident en cette hypothèse, le risque est inéluctablement attaché au principe même du droit de retrait. Il est constant, indépendamment d'ailleurs de la volonté malveillante de son titulaire. Se pose aussitôt le problème de savoir comment en atténuer les effets. A vrai dire, la question se dédouble :

- peut-on limiter la libre initiative au retrait d'une part (par. 1) ?
- comment en aménager les conséquences patrimoniales d'autre part (par. 2) ?

C'est en nous livrant à l'étude comparative des modalités du retrait dans les sociétés immobilières d'attribution et dans les sociétés à capital variable que nous examinerons la réponse apportée à chacune de ces interrogations.

(183) LAPP, *Jurisqueleur des sociétés. Sociétés à capital variable*, 167 A, n° 57 ; *adde* Cass. civ., 18 octobre 1961, D. 1962.I.19, note ESMEIN ; A.J.P.I. 1962.665.

(184) Art. 18, loi du 24 juillet 1966.

(185) Martine REMOND, *La révocation du gérant selon l'article 18 de la loi du 24 juillet 1966*, Rev. soc. 1972, p. 421 et s., et sp. p. 423, n° 2.

§ 1. — L'initiative du retrait.

173. — A) Le Cour de cassation a affirmé l'intangibilité du droit de retrait, reconnu aux associés, lorsque ce droit est intimement lié « au but » de la société comme c'est le cas dans les sociétés de construction (186) ou qu'il est, comme dans les sociétés à capital variable, de « l'essence même » du groupement (187).

La fermeté de ce principe n'implique pas pourtant son absolutisme. Car, non seulement le libre exercice de ce droit se heurte le plus souvent à des limites légales, mais encore on admet, en jurisprudence, la validité des clauses statutaires qui le subordonnent à certaines conditions dictées par l'intérêt social. Sous réserve que le respect de ces conditions ne porte pas atteinte au droit lui-même. « Si le droit de retrait est de l'essence de toute société à capital variable, décide la Cour de cassation, il est permis aux statuts sociaux de réglementer dans la mesure compatible avec le respect d'une disposition d'ordre public l'exercice de ce droit » (188). L'application de cette règle ne donne pas lieu à grandes difficultés lorsque le retrait est soumis à des exigences formelles de procédure ou de délais, étant entendu toutefois que le délai pendant lequel l'associé ne peut démissionner ne saurait excéder « un laps de temps supérieur à la durée moyenne de la vie humaine » (189).

Mais qu'en est-il des clauses soumettant le retrait à des conditions de fond ? Il semble que la jurisprudence apprécie leur validité en prenant pour référence le bon fonctionnement de la société plutôt que l'intention des rédacteurs des statuts. Précisons : elle opère apparemment une distinction suivant que la condition procède de la libre initiative des organes sociaux ou au contraire leur échappe. De la sorte tandis qu'était déclarée nulle la stipulation subordonnant la démission à l'agrément du Conseil d'administration ou de l'Assemblée, était, en revanche, admise la clause aux termes de laquelle le retrait ne pourrait avoir lieu qu'une fois remboursé un emprunt contracté par la société (190). Cette dernière solution est d'autant plus justifiée que la restriction qu'elle sanctionne trouve parfois son origine dans la loi (191).

174. — B) C'est que, même dans le silence du pacte social, le retrait n'est jamais totalement libre.

(186) Cass. civ., 18 octobre 1961, D. 1962.19, note ESMEIN, A.J.P.I. 1962.665 ; *adde* WALET, *op. cit.*, p. 348, n° 349.

(187) Cass. civ., 8 juin 1939, S. 1939.I.249, J.S. 1940.34.

(188) Cass. civ., 8 juin 1939, précité ; *adde* plus récemment Civ. 1^{re}, 3 janvier 1973, D. 1973, *infra*, rap. p. 204.

(189) Cass. civ. 1^{re}, 3 janvier 1973, D. 1973, *inf. rap.*, p. 204.

(190) Angers, 28 mars 1933, D.H. 1933.II.311.

(191) Cf. art. 731, Code rural.

Tout d'abord, bien que les articles 1869 et 1870 du Code civil ne doivent pas lui être appliqués, il est admis unanimement que le retrait ne saurait être abusif, c'est-à-dire uniquement dicté par une intention malveillante (192).

Ensuite et surtout, le plus souvent, la loi indique certaines des modalités de son exercice.

Tantôt, il intervient *directement*. C'est le cas dans le régime du retrait d'une société immobilière d'attribution, l'associé ne pourra quitter la société que s'il a respecté ses engagements d'une part, et que si la construction de l'immeuble est achevée d'autre part. De plus, cette seconde exigence est liée à un impératif de procédure : l'attribution du lot en pleine propriété n'aura lieu qu'après le constat de la fin des travaux par l'Assemblée générale (194). Toutefois, la loi nouvelle, afin d'éviter qu'il ne demeure en quelque sorte prisonnier de la société, et que celle-ci, malgré sa volonté, ne se perpétue au-delà de la réalisation de son objet, accorde à l'associé le pouvoir de saisir le Tribunal de Grande Instance afin que soit établie l'arrivée à terme de la construction, au cas où l'Assemblée ne se serait pas prononcée sur ce point (195). L'ensemble de ces mesures appelle un commentaire.

Que l'on ait subordonné l'exercice de ce droit de retrait à l'achèvement de l'immeuble est révélateur de sa véritable nature. Une fois l'opération de construction terminée, l'ordre sociétaire n'a plus sa raison d'être. Au contraire, il faut donc favoriser l'éclatement de la société, et en intensifier l'individualisme latent en en permettant la réalisation (196).

Dans le prolongement de cette remarque, il n'est pas illogique de constater que l'attribution individuelle du lot ne puisse s'opérer que si l'associé a satisfait aux appels de fonds mis à sa charge.

Ainsi se vérifie l'analyse formulée par un auteur et suivant laquelle « l'associé sacrifie le présent pour préparer l'avenir. Afin d'accélérer la construction de l'immeuble, il renonce à certaines prérogatives traditionnellement attachées à la qualité d'associé, mais en contrepartie, il s'efforce de devancer son titre de copropriétaire en traitant le partage, même partiel, de l'immeuble » (197).

(192) SAINT-ALARY, *op. cit.*, n° 52. — PERCEROU, note précitée, D.P. 1914.II.69.
— LAPP, *op. cit.*, *ibidem*, n° 75, *in fine*.

(193) Art. 11, alinéa 6, loi du 16 juillet 1971.

(194) Art. 11, alinéa 6, loi du 16 juillet 1971, *adde* JESTAZ, *Vers un statut d'ensemble de la promotion immobilière*, D. 1972, p. 172 et sp. n° 84, p. 191.

(195) JESTAZ, *op. cit.*, *ibidem*.

(196) Il est significatif d'observer à l'appui de cette analyse qu'au sein des sociétés d'acquisition, le retrait est possible à tout moment, V. art. 11, alinéa 6, *in limine*, loi du 16 juillet 1971.

(197) GUYON, *La situation des associés dans les sociétés de construction*, J.C.P. 1962.I.1735, sp. n° 2.

Le droit de retrait, dans cette hypothèse, est davantage un procédé technique d'accession à la propriété que le moyen de s'exclure d'un groupement.

Tantôt, à l'inverse, la limitation légale est *indirecte*. Situation que l'on rencontre dans les sociétés à capital variable.

En effet, il résulte du jeu conjugué des dispositions des articles 51 et 52 de la loi du 24 juillet 1867, que si le départ d'un associé devait entraîner une réduction du capital social inférieur au minimum légal, il ne pourrait avoir lieu (198). Comment faut-il interpréter ces textes ? Doit-on y voir une interdiction sans réserve ? Certains auteurs ont pu le soutenir en invoquant, à l'appui de leur démonstration, la nécessité qu'il y a de préserver au premier chef la société et son crédit (199).

Mais la Cour de cassation a préféré se rallier à une doctrine plus nuancée :

Mettant clairement en lumière les deux aspects de l'engagement d'associé : contractuel, patrimonial, la haute juridiction a décidé, dans un arrêt de principe, que l'associé « avait pu se retirer sans autres restrictions aux effets immédiats de sa démission régulièrement donnée, que celle de ne pouvoir reprendre ses apports tant que leur remboursement avait pour conséquence de faire tomber le capital social au-dessous du minimum statutaire » (200). Position qu'elle maintient aujourd'hui encore avec fermeté.

Relevant que « l'article 731 du Code rural interdit toute réduction du capital d'une société coopérative agricole avant le remboursement du prêt qui lui a été consenti par la Caisse nationale du Crédit Agricole », elle juge que : « dès lors, le coopérateur, s'il ne peut réclamer à la coopérative le remboursement du montant nominal de ses parts sociales avant l'extinction du prêt, n'est pas astreint à demeurer sociétaire au-delà de l'acceptation de sa démission de coopérateur, ni tenu de participer aux charges de la société coopérative (201).

Ce qu'il y a de remarquable dans la règle posée par la jurisprudence, c'est qu'elle opère une distinction entre la qualité d'associé d'une part, et le droit portant sur l'actif attaché à celle-ci d'autre part. Plus précisément, à la définition unitaire de cette qualité qui supposait l'exercice simultané du droit de retrait et de la reprise du bien apporté, elle substitue une conception dualiste laissant la place à un rapport successif entre les deux prérogatives.

(198) LAPP, *Jurisque des sociétés. Sociétés à capital variable*, 167 A, n° 69 et s. — CAILLAUD, *L'exclusion d'un associé dans les sociétés*, Bibliothèque de droit commercial, éd. Sirey 1966, p. 45 et s.

(199) Obs. anonyme, sous Cass., 8 juin 1939, J.S. 1940.34, cité par LAPP, *op. cit.*, n° 71.

(200) Cass. civ., 8 juin 1939, S. 1939.I.249, J.S. 1940.34.

(201) Cass., 13 février 1973, D. 1973.536, note CABRILLAC et SCUBE.

En dissociant *dans le temps* la volonté de retrait de ses conséquences patrimoniales, elle met l'entreprise à l'abri d'une brusque rupture d'équilibre économique et financier, condition nécessaire à une gestion cohérente.

Ce même souci de sauvegarder l'intérêt social (202) se retrouve, comme nous allons le voir, au moment même de la reprise de l'apport.

§ 2. — Les aspects patrimoniaux du retrait.

175. — Là encore, la finalité propre à chaque personne morale gouverne les solutions positives. Les choses, en effet, ne se présenteront pas de la même façon, selon que le retrait constitue l'aboutissement normal de l'action collective, situation *particulière* que l'on rencontre uniquement dans les sociétés de construction, ou au contraire, qu'il est une faculté ouverte à l'associé à tout moment, indépendamment de la réalisation de l'objet social, comme c'est le cas le plus fréquent, et notamment dans les sociétés à capital variable.

Dans la première de ces hypothèses, l'immeuble achevé, et dès avant la dissolution de la société, l'associé se voit attribuer le lot correspondant au groupe de parts qui lui a été affecté. Techniquement, les difficultés sont voisines de celles rencontrées à l'occasion de l'attribution en jouissance (203). Il est vrai, les données sont, dans leur nature, différentes puisqu'ici, l'associé perd cette qualité au profit de celle de copropriétaire et acquiert les prérogatives qui en découlent. C'est pourquoi, les contestations susceptibles de s'élever dans cette circonstance auront un profil analogue à celles naissant à l'occasion de l'exécution de l'obligation de livraison dans le contrat de vente, et seront, en revanche, assez éloignées des difficultés proprement sociétaires. Aussi bien le droit de retrait a principalement une fonction patrimoniale, il s'identifie donc totalement au partage de l'actif.

Il en va cependant autrement dans les sociétés à capital variable où la reprise de l'apport n'est que la *conséquence patrimoniale* d'un acte qui exprime *d'abord* la volonté de l'adhérent de s'exclure de l'entreprise collective.

Les modalités et conditions de cette reprise méritent l'attention, car les problèmes qu'elles engendrent se poseront, dans des termes analogues, si ce n'est identiques, au sein de tous les groupements de type sociétaire où les membres bénéficient de la faculté de retrait (204). Par là, ils ont une valeur exemplaire.

(202) DERRUPPÉ, Préface de la thèse de Bernard CAILLAUD, *L'exclusion d'un associé dans les sociétés*, p. 6.

(203) Cf. *supra*, p. 328 et s.; *adde* GUYON, *op. cit.*, n° 14. — C. JAUFFRET, *op. cit.*, n° 24. — WALET, *op. cit.*, p. 353, n° 427.

(204) Cf. notamment Soc. civ. Professionnelle. Groupements d'intérêt économique.

Le jeu combiné de plusieurs facteurs, d'ailleurs variables, contribue à en accroître la complexité et à rendre plus incertaines les solutions.

En tant qu'elle implique une dissolution partielle d'une part (205), il est évident que la reprise s'opérera dans des conditions différentes selon que la société est prospère ou, au contraire, se trouve en période de pertes (206). Il faut, d'autre part, se demander quelle est la part respectivement réservée à la loi et à la volonté dans la détermination de la forme et de l'étendue de la reprise, et éventuellement de la participation aux pertes.

On le conçoit, autour de cet ensemble d'interrogations se cristallise un conflit permanent en droit des sociétés, celui qui oppose intérêt social et intérêt individuel et fait apparaître la variabilité du contenu du droit d'associé.

Se refusant à tout absolutisme, la jurisprudence apporte des réponses « graduées » et diversifiées.

176. — Lorsque la société est *in bonis*, tout d'abord, on admet que malgré toutes stipulations statutaires contraires, l'associé aura le droit de reprendre son apport, mesure qui participe de l'essence même de la société à capital variable.

On observera, toutefois, que la Cour de cassation, a, dans un arrêt de principe, décidé que lorsque l'apport consistait en un corps certain, la reprise ne pouvait avoir lieu qu'en valeur et non pas en nature (207), restriction qui révèle la préoccupation des juges de préserver la masse patrimoniale de la société dans sa réalité et dans son intégrité, comme l'exigent les impératifs économiques de l'entreprise.

Plus délicat est le point de savoir si, dans le silence des statuts à ce sujet, l'associé devra ou non participer aux réserves (208). La plus grande partie de la doctrine (209), suivie, dans sa démonstration par la jurisprudence dominante (210), donne une réponse affirmative, bien que l'opinion inverse ait été soutenue et retenue par certaines juridictions du fond (211).

(205) HAMEL et LAGARDE, Tome I, n° 830. — LAPP, *op. cit.*, n° 96.

(206) CAILLAUD, *op. cit.*, p. 74.

(207) Com. 17 mars 1952, J.C.P. 1953.II.7359.

(208) BASTIAN, note J.C.P. 1956.II.9212. — LAPP, *Jurisclasseur*, *op. cit.*, n° 103 et s.

(209) THALLER et PERCEROU, *Droit commercial*, 7^e édition, n° 818. — ESCARRA, *Cours de droit commercial*, 1952, n° 947, cité par CAILLAUD, *op. cit.*, p. 79. — HAMEL et LAGARDE, n° 830. — ROUSSEAU, note S. 1936, p. 369. — BASTIAN, note précitée, J.C.P. 1956.II.9212.

(210) Cf. notamment, Dijon, 2 décembre 1909, D. 1914.II.89, note PERCEROU, Civ. 3 novembre 1919, D. 1919.I, p. 112.

(211) COPPER, ROYER, *Traité des sociétés anonymes*, Tome IV, p. 564. — PEYTEL, *Le remboursement des apports dans les sociétés anonymes à capital variable*, Gaz. Pal. 1951.II, Doct., p. 45 ; *adde* Trib. civ. Douai, 25 mai 1910, D. 1914.89, note PERCEROU.

On peut, en effet, en interprétant strictement l'article 48 de la loi du 24 juillet 1867, qui ne vise que la « reprise des apports » considérer que le texte exclut toute participation aux réserves qu'elles soient spéciales ou légales et cela d'autant plus que le droit de retrait, étant une mesure exceptionnelle, il importe à ce titre de lui donner un champ d'action limité.

Mais la solution à laquelle conduit cette analyse constitue une pénalisation injustifiée de l'associé démissionnaire. Il y aurait là, une entrave certaine, bien qu'indirecte, au libre exercice d'un droit individuel reconnu et protégé par la loi. Dès lors que l'on admet que le droit de retrait provoque, à l'égard de celui qui y recourt, une « liquidation partielle de l'actif social », il doit comporter la totalité des conséquences de celle-ci (212). Au demeurant, on a très justement relevé que l'article 48 de la loi ne pose que le principe de la reprise, sans en donner les modalités et conditions (213).

177. — Mais, à cet égard, on s'interroge précisément sur la valeur des clauses fixant l'étendue de la participation de l'associé aux réserves. Comme nous venons de le voir, il ne fait pas de doute que sont pleinement valables celles qui attribuent à l'associé sa quote-part de réserves légales, mais *quid* des clauses dont l'objet est de limiter la reprise au seul apport ?

La Cour de cassation a jugé qu'une stipulation statutaire pouvait interdire toute participation aux réserves (214). Décision qui n'a pas manqué de donner lieu à un vif débat doctrinal (215). N'était-ce pas là consacrer une solution contraire aux dispositions de l'article 1855 du Code civil ?

A vrai dire, en posant cette règle, la haute juridiction en a simultanément fixé les limites en énonçant « que la clause litigieuse, qui stipule que les actions retirées à un actionnaire lui seront remboursées à concurrence de leur montant libéré non amorti, n'est pas en *elle-même* prohibée par l'article 1855 du Code civil ». Locution qui suppose que les juges devront prendre en considération les éléments de l'espèce entourant l'application de la clause contestée.

Si le jeu de cette disposition conventionnelle conduit indirectement à refuser tout partage de bénéfices à l'associé, il ne fait pas de doute qu'elle ne devra pas développer ses effets. Ce sera le cas, notamment, lorsqu'il n'aura été procédé, au cours de la vie sociale, à aucune distribution de dividendes (216). Il en ira, bien évidemment, différemment dans l'hypothèse inverse.

(212) THALLER et PERCEROU, *op. cit.*, n° 813. — LAPP, *Jurisqueleur*, *op. cit.*, n° 106. — CAILLAUD, *op. cit.*, p. 79.

(213) CAILLAUD, *th.*, p. 78.

(214) Com. 21 décembre 1955, J.C.P. 1956.I.9212, note BASTIAN, *Gaz. Pal.* 1956. I.133, *Bull. civ.* 1955.III, p. 316, n° 378, R.T.D. Co. 1956, p. 461.

(215) V. sur ce point, CAILLAUD, *op. cit.*, pp. 80 à 84.

(216) Com. 16 novembre 1959, J.C.P. 1960.

A la vérité, en l'absence de textes spéciaux, c'est en recourant aux principes généraux formulés relativement à l'article 1855 du Code civil que la jurisprudence trouve son point d'équilibre.

Accordant à la volonté un assez large champ de liberté, elle ne déclare lésionnaires, et donc contraires à l'égalité entre associés, que les clauses qui portent atteinte au principe même de la participation aux bénéfices, mais non pas celles qui organisent sa mise en œuvre. Solution qui, on le sait est également valable pour la contribution aux pertes.

Afin que l'associé sortant n'échappe pas, par sa démission, aux engagements qui lui incombent, l'article 52 de la loi du 24 juillet 1867 dispose qu'il sera « tenu, pendant cinq ans envers les associés et envers les tiers, responsable de toutes les obligations existant au moment de sa retraite ». Texte dont la jurisprudence a délimité le domaine en précisant que, pour ne viser que les obligations contractées par la société avant le départ de l'associé, il intéressait cependant l'intégralité de ces obligations (217), étant entendu que cet engagement qui ne peut se prolonger au-delà de cinq ans après le *retrait*, variera dans son étendue en fonction de la forme sociale adoptée (218). Cette disposition traduit très exactement le principe suivant lequel la responsabilité de l'associé est « la conséquence de la dissolution partielle qui résulte de la société » (219).

Aussi, dans la logique de ce principe, il est naturel que, s'il existe des pertes au moment de son départ, l'associé démissionnaire en supporte une quote-part. Mais, la règle énoncée, il importe de surmonter les incertitudes que sa mise en œuvre fait apparaître :

1° On s'interroge en premier lieu sur le procédé qu'il convient d'adopter pour déterminer l'étendue des pertes. Car une option est ouverte à ce sujet (220). On peut, en effet, prendre pour référence, soit le passif comptable qui comprend les réserves et bénéfices à distribuer, soit, au contraire, le passif réel, externe, à l'exclusion des articles que nous venons d'indiquer. Confortant la position de l'associé sortant, face au pouvoir collectif, la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de la seconde branche de cette alternative (221). Si bien que les comptes devront être arrêtés au moment du *retrait* (222).

2° En second lieu, la question se pose de savoir si la société sera en droit d'imputer sur le montant de l'apport de l'associé, celui des pertes mises à sa charge. La doctrine dominante répond par l'affirmative. Solution qui, bien qu'elle ait été dénoncée comme dangereuse par certains auteurs (223), nous paraît pleinement justifiée,

(217) CAILLAUD, *op. cit.*, p. 88.

(218) CAILLAUD, *op. cit.*, p. 89.

(219) CAILLAUD, *op. cit.*, p. 86.

(220) LAPP, *Jurisclasseur*, *op. cit.*, n° 98.

(221) Civ., 27 juillet 1936, S. 1939.I.369, J. Soc. 1939.78.

(222) Civ., 27 juillet 1936, précité.

(223) LAPP, *op. cit.*, n° 97.

l'inverse aboutissant à créer un véritable privilège au profit de la société. Il en irait différemment, si une clause prévoyait le contraire.



178. — Au terme de cette analyse, et à la lumière des dispositions positives relatives à la faculté individuelle de retrait, il est possible de mesurer l'évolution suivie par le droit des sociétés.

La renonciation unilatérale de l'article 1869 du Code civil, telle qu'elle était conçue par les auteurs de ce texte, constituait la sanction d'un manquement contractuel. Son texte devait donc normalement entraîner la disparition de la société elle-même. Mais la personification de celle-ci allait naturellement intensifier l'autonomie du groupement par rapport à ses membres, et permettre de sauvegarder les intérêts économiques attachés à son sort. Il est donc logique qu'au profit de l'abandon d'une conception purement contractuelle de la société, on ait vu se développer un véritable droit de retrait dont la mise en œuvre ne met pas en question l'existence de la personne morale. Mais une autre conséquence importante, encore que moins apparente, de l'octroi de cette nouvelle prérogative, a été de *déplacer l'éclairage de la personne de l'associé sur son droit*. Certes, la faculté de retrait reste toujours un instrument mis à la disposition de l'associé pour se dégager du lien collectif, mais elle est devenue également celui permettant de s'exclure du système sociétaire, avec les conséquences patrimoniales que cela implique, et spécialement la reprise du bien apporté, éventuellement augmenté ou diminué dans sa valeur.

Dès lors, les problèmes ne se poseront plus en termes d'existence juridique de la société, mais en termes d'équilibre économique de l'entreprise. D'un autre côté, le retrait révèle le particularisme du droit d'associé, dont le contenu réel est par nature fluctuant puisque lié à la marche d'une entreprise.

Il est ainsi remarquable d'observer qu'il existe un lien étroit entre le droit de retrait, prérogative comprise dans le droit d'associé, et le droit d'associé lui-même.

Aussi, que la faculté de se retirer ne se présente, comme c'est le cas dans les sociétés immobilières d'attribution, que comme un moyen d'accéder à la propriété privative, ou qu'elle soit refusée aux membres des sociétés en nom collectif, traduit dans une certaine mesure la persistance de l'individualisme classique, au sein de ce groupement.

Autrement dit, cela indique que le principe de possession affecte également le régime du droit d'associé.

— II —

L'INCIDENCE DU PRINCIPE DE POSSESSION
SUR LE REGIME DU DROIT D'ASSOCIE

179. — Dans quelle mesure, et avec quelle intensité, l'individualisme de « possession » et au-delà l'idée de propriété commune peuvent-ils continuer d'exercer une influence sur le régime d'un droit qui trouve pourtant son origine dans l'ordre sociétaire ? Il convient de bien circonscrire les données du problème.

Il ne fait pas de doute, tout d'abord, que dès lors qu'est reconnue à un groupement la personnalité morale dotée d'un effet novatoire, le droit de ses membres est soumis aux dispositions de l'article 529 du Code civil avec l'ensemble de mesures que cette soumission implique, quant à son régime. Que l'on envisage sa cession et les garanties qui lui sont attachées (224), ou encore le sort qui lui est réservé dans le droit des régimes matrimoniaux, et enfin sa saisie, on observe, *dans le principe*, que ce sont les dispositions applicables aux biens mobiliers incorporels qui lui sont étendues. C'est là, l'axe directeur du régime de tout droit d'associé.

La jurisprudence l'a d'ailleurs rappelé, avec une singulière fermeté, dans une hypothèse où pourtant la mise en pratique de la règle avait donné lieu à controverses. Elle a, en effet, déclaré nulle, de nullité absolue, la cession par un associé d'une société immobilière d'attribution, de ses droits sociaux au motif que l'acquéreur croyait entrer dans une copropriété. Ce qui constituait une erreur sur la nature même de l'opération (225).

Et cependant, on ne peut méconnaître le fait qu'à l'intérieur de ce cadre unique, le droit d'associé reçoit des aménagements qui varieraient principalement en fonction de la forme et de l'objet du

(224) Cass. civ. 3^e, 15 mai 1970, Rev. soc. 1971.582, note SORTAIS.

(225) Paris, 9 juillet 1966, Gaz. Pal. 1967.I.33, Paris, 27 février 1969, Banque 1970.98, obs. MARIN.

groupement (226) ; nous avons vu que, du jeu de ces facteurs, dépend la force interne de la personnalité morale qui sera plus ou moins vive.

Il arrive ainsi que la « mobilisation » de ce droit soit, dans une certaine mesure, imparfaite, du fait du lien, parfois très étroit, qui peut exister entre patrimoine individuel et patrimoine collectif. Si bien que, dans ce cas, son régime naturel s'accompagnera de mesures complémentaires, révélant la persistance d'un individualisme de possession en contradiction avec le principe directeur qui le gouverne.

Mais ce genre de situation se présente sous des aspects différents, selon que l'idée de propriété commune procède de la forme sociale adoptée, ou de l'objet de l'entreprise collective. Etant entendu cependant, et bien évidemment, que ces deux facteurs peuvent cumuler leurs effets.

180. — Dans la première hypothèse qu'illustrent les sociétés revêtant la forme de sociétés de personnes, et plus largement les groupements dominés par l'*intuitus personae*, la force du principe de possession découle d'un fait historique que nous avons déjà signalé : savoir qu'à l'origine, la société est considérée comme une *indivision* reposant sur un *contrat*. En d'autres termes, la logique de leur fonctionnement participe de deux concepts fondamentaux du droit classique qui conjuguent leur influence : la propriété et le contrat.

Et c'est dans ces deux notions, prises dans leur acception primitive, que l'*intuitus personae* plonge ses racines — on se groupe pour *entreprendre ensemble* avec des *biens communs* —. D'où l'aspect « figé » de ces sociétés. La personnification des sociétés de personnes a sans doute affecté dans sa nature cette donnée initiale. Mais il n'empêche que pour être mobilier le droit d'associé reste dans une mesure importante encore marquée par cette origine (227).

Dans la seconde hypothèse qu'illustrent les sociétés immobilières d'attribution, l'idée de possession *ne vient pas du passé, mais de l'avenir*. En tant que l'objet et la finalité de ces sociétés est de permettre à leurs membres d'accéder à la propriété, la future copropriété qui résultera du succès de l'entreprise collective projettera son ombre sur la vie sociale, et donc sur la situation de l'associé et le régime de son droit (228).

(226) *Supra*.

(227) Il est d'ailleurs assez significatif, à cet égard, que dans des systèmes juridiques étrangers, voisins du nôtre, les sociétés de personnes soient dépourvues de personnalité juridique, l'entreprise étant en main commune ; v. pour les solutions retenues en droit italien, TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè édit., Milan 1962, sp. p. 604, paragraphe 418.

(228) C. JAUFFRET, *op. cit.*, *passim*. — GUYON, *La situation de l'associé dans les sociétés de construction*, *op. cit.*, *passim*.

L'exposé de ces deux hypothèses permet de mettre en lumière ce qui les distingue fondamentalement :

Lorsqu'il tient à la *forme sociale*, le principe de possession s'explique par la persistance de l'idée d'indivision, tandis que lorsqu'il prend sa source dans l'objet de l'entreprise collective, c'est le projet de copropriété de l'immeuble à bâtir qui le justifie.

La différence est d'importance. La « latence » de la copropriété dans les sociétés immobilières d'attribution implique que soient pré-déterminés précisément les droits de l'associé sur l'actif social, alors qu'il n'en est rien dans l'indivision qui, elle, suppose, au contraire, une quote-part indéterminée sur la totalité, ce que l'on rencontre dans les sociétés de personnes.

A partir de là, on s'explique l'évolution suivie par le régime du droit de l'associé dans l'un et l'autre de ces groupements.

En effet, la prise en considération des intérêts de l'entreprise à travers la société qui a marqué la réforme de 1966 (229) a intensifié, ce que nous avons déjà eu l'occasion de souligner, l'autonomie de la personnalité morale par rapport à ses membres, et cela même au sein des sociétés où prime encore l'*intuitus personae*, qu'il s'agisse des sociétés en nom ou des sociétés à responsabilité limitée. Il y a eu, en quelque sorte, un déplacement général des sociétés de personnes vers les sociétés de capitaux (230). Si bien que l'on a assisté, dans une mesure limitée, il est vrai, à un assouplissement du régime du droit de leurs membres.

Rien de tel, en revanche, quant aux sociétés immobilières d'attribution. Ici, le législateur de 1971, en prenant en considération, plus qu'auparavant, l'état de copropriété à venir, a multiplié les mesures protectrices au candidat propriétaire (231).

De cette façon, la loi nouvelle a singularisé, plus encore que ne le faisaient les textes précédents, la situation de l'associé des sociétés de construction par rapport à celle de l'associé d'une société de droit commun. Nous porterons l'attention successivement sur l'une et l'autre de ces hypothèses.

(229) Une même observation pourrait être formulée pour l'ord. du 22 septembre 1967 portant création des I.G.E., pour la loi du 18 novembre 1966 sur les sociétés professionnelles et pour le projet de réforme des sociétés civiles soumises aux art. 1832 et s. du Code civil.

(230) HOUIN et GORÉ, *La réforme des sociétés commerciales*, D. 1967, ch., p. 121 et s. — BASTIAN, *La réforme du droit des sociétés commerciales*, J.C.P. 1967. 2121. — HAMIAUD, *La réforme des sociétés commerciales*, 1966 et 1968. — HEMARD, TERRÉ, MABILAT, *Sociétés commerciales*, op. cit., p. 3 et s.

(231) JESTAZ, *Vers un statut d'ensemble de la promotion immobilière*, op. cit. — SORTAIS, *La protection du candidat propriétaire*, op. cit.

SECTION I

L'INFLUENCE DE L'« INTUITUS PERSONAE »
SUR LE REGIME DU DROIT D'ASSOCIE

181. — Dans la perspective où nous plaçons notre recherche, il ne s'agit pas présentement, de décomposer l'ensemble des mécanismes gouvernant le régime du droit des associés des sociétés de personnes, mais uniquement de mettre en évidence les traits qui le particularisent : ce que nous entreprendrons de faire, en orientant nos observations principalement sur la société en nom collectif.

Ces caractères distinctifs, qui sont intimement liés à l'*intuitus personae* — et donc à une définition traditionnelle de l'individualisme dans les groupements — apparaissent, en cas de décès d'un associé tout d'abord, lorsqu'un des membres se propose de céder ses parts ensuite.

§ 1. — Le droit d'associé et le décès de son titulaire.

182. — Dans le principe, le décès d'un associé entraîne la dissolution de la société (232). La règle, qui est l'expression de la conception classique du contrat de société, est manifestement dangereuse pour l'entreprise, et cela d'autant plus qu'elle est prospère.

Déjà, les rédacteurs du Code civil n'avaient pas méconnu cet aspect des choses. En effet, l'ancien article 1868 ouvrait la possibilité aux associés de faire échec à l'inconvénient d'une dissolution prématurée, par le jeu de clauses statutaires prévoyant la continuation de la société. Sans modifier fondamentalement les termes de ce texte (233), le législateur de 1966 en a précisé la portée et les conditions d'application. Laissant à la volonté individuelle un assez large champ de liberté, il confère aux associés un pouvoir étendu d'influer sur le sort de la société au-delà de la mort d'un d'entre eux.

Au vrai, l'article 1868 nouveau, comme l'ancien, offre aux fondateurs une alternative (234). Ils peuvent stipuler que la société continuera, soit entre les associés survivants uniquement, soit avec les héritiers de l'associé prédécédé.

Au choix de chacun des termes de cette alternative, correspond une préoccupation législative différente. Dans le premier cas, il

(232) Article 1865 du Code civil.

(233) HEMARD, TERRÉ, MABILAT, *Sociétés commerciales*, op. cit., n° 309 et pp. 304 et 305 ; adde CATALA, *Le sort des parts sociales au décès de l'associé*, in *Mélanges Cabrillac*, p. 59 et s., sp. p. 60, n° 3.

(234) CATALA, op. cit., p. 60, n° 3.

importe de protéger la succession contre le risque de sous-évaluation de la créance qu'elle détient à l'encontre de la société; dans le second, à l'inverse, il faudra s'assurer que l'admission d'un nouvel associé n'est pas de nature à porter atteinte aux intérêts de la collectivité, compte tenu du fort *intuitus personae* qui caractérise les relations entre associés.

A l'exposé des éléments du problème, on voit surgir son enjeu, et les oppositions que la recherche de sa solution peut engendrer, opposition entre associés survivants et héritiers, et au-delà opposition entre droit des sociétés et droit successoral (235).

183. — 1° La clause statutaire aux termes de laquelle il était prévu que la société continuerait avec les seuls associés survivants, bien que valable, avait donné lieu, sous l'empire du régime antérieur à 1966, à une discussion doctrinale, relative à sa nature (236).

Certains auteurs (237) considérant qu'il y avait convention de partage entre les associés survivants et les héritiers, en déduisaient que ces derniers pouvaient en solliciter la rescision pour lésion, en se prévalant des dispositions de l'article 888 du Code civil. La conséquence de ce raisonnement était de « substituer un partage en valeur à un partage en nature » (238).

Mais on a justement objecté à cette démonstration que l'article 888 du Code civil invite à analyser, comme opération de partage, « tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision ». En quoi, et de quel côté, la reprise des droits sociaux fait-elle cesser une indivision ou y tend-elle (239) ? Autrement dit, la démarche empruntée par les tenants de cette opinion reposait sur une confusion : celle qui consiste à étendre le droit successoral à une situation d'origine sociétaire.

C'est pourquoi, une autre partie de la doctrine préférerait qualifier l'opération de cession éventuelle de droits sociaux (240), ce qui naturellement la fait échapper à la rescision.

En l'état de cette incertitude, que favorisait, comme on l'a souligné (241), le libellé même de l'article 1868 ancien du Code civil, la pratique avait pris l'habitude d'adjoindre à la clause de continuation de la société, une stipulation prévoyant l'indemnisation des héritiers.

(235) Cf. sur cette analyse, CATALA, *op. cit.*, in *Mélanges Cabrillac*, p. 61, n° 4.

(236) HEMARD, TERRÉ, MABILAT, *Sociétés commerciales*, p. 317, n° 316. — CATALA *op. cit.*, p. 65 et s., n° 10 et s.

(237) BASTIAN, note J.C.P. 1948.II.4590. — LE GALCHER-BARON, note D. 1958.477.

(238) CATALA, *op. cit.*, p. 65, n° 11.

(239) CATALA, *op. cit.*, p. 66, n° 12.

(240) LESCOT, S. 1935.I.297, cité par CATALA, *op. cit.*, n° 12 ; *adde* en jurisprudence, Civ. 21 mai 1957, D. 1958.477, note LE GALCHER-BARON, précitée.

(241) HEMARD, TERRÉ, MABILAT, *op. cit.*, n° 316.

Bien qu'elle constituât un pacte sur succession future, la Cour de cassation avait, par le fameux arrêt Gatelier (242) déclaré valable, à titre exceptionnel, cette disposition conventionnelle.

184. — La loi de 1966, a consacré cette jurisprudence. Sans doute, le fondement du texte reste encore à définir, mais l'intérêt pratique de la question pour subsister, a néanmoins perdu de son intensité. Et cela d'autant plus que l'article 1868 nouveau fixe avec précision les conditions d'évaluation des droits sociaux.

C'est un expert, désigné par les parties, ou à défaut par le Président du Tribunal, qui en déterminera la valeur au jour du décès de l'associé (243) : mesure qui en tenant compte du caractère fluctuant de la valeur du droit d'associé, exclut désormais les clauses dont l'application pouvait être la source de règlements inéquitables (244).

Mais la qualité de la mission expertale reste à définir. La question n'est pas sans intérêt, car à travers la réponse qu'elle est susceptible de recevoir on peut déceler la nature de l'opération tout entière.

En effet, on s'est demandé si elle était une expertise judiciaire classique, aux conclusions de laquelle le Tribunal serait exceptionnellement tenu, ou s'il fallait plutôt la rapprocher de la mission confiée au tiers arbitre de l'article 1592 du Code civil (245).

En dépit d'une procédure commune à toutes les hypothèses énoncées à l'article 1868, il ne semble pas que la réponse puisse être unique. Elle dépend des circonstances dans lesquelles l'expert est amené à procéder à l'estimation des droits :

— Lorsque l'expert fixe le montant des droits que détient la succession à l'encontre de la société, comme il en est dans le cas qui nous retient présentement, il semble qu'il agisse au même titre que le tiers arbitre de l'article 1592 du Code civil. Certes, il serait erroné d'analyser l'opération en une vente, mais il y a cependant « transfert de droits » (246), car, au moment du décès de l'associé, les héritiers ne viennent pas aux droits du défunt dans la société, mais acquièrent uniquement une créance contre elle. Ainsi « l'accent est déplacé du partage vers la créance » (247). Dans le même sens, on fera encore valoir que l'appréciation de l'expert s'imposera aux parties intéressées, comme cela se produit à l'occasion de l'arbitrage d'un prix de vente (248).

(242) Chamb. réunies, 28 avril 1961, D. 1961.697, note BESSON ; J.C.P. 1961.II. 12135, note BASTIAN ; S. 1961.170, note AUTESSERRE ; J. Soc. 1961.257, note CORDONNIER ; R.T.D. Co. 1961.859, obs RODIERE ; Rev. soc. 1961.183, note AUTESSERRE.

(243) Art. 1868, alinéa 5, Code civ.

(244) HEMARD, TERRÉ, MABILAT, *Sociétés commerciales, op. cit.*, p. 320, n° 312.

(245) HEMARD, TERRÉ, MABILAT, p. 324, n° 322.

(246) HEMARD, TERRÉ, MABILAT, p. 324, n° 322.

(247) CATALA, *op. cit.*, p. 67, n° 12.

(248) Com., 12 nov. 1962, D. 1963, som. 63.

De cette analyse on peut tirer deux séries de conséquences :

D'une part, l'action en rescision paraît définitivement condamnée en cette circonstance.

D'autre part, le recours à l'expertise ne semble présenter qu'un caractère subsidiaire. Les parties à l'acte ayant toujours la possibilité d'établir amiablement le montant de la créance pourvu que l'accord se réalise après le décès de l'associé (249). Ce que d'ailleurs on peut induire du fait que les clauses statutaires contraires à la procédure prévue à l'article 1868, alinéa 5, sont uniquement exposées à l'inopposabilité, et non pas à la nullité.

— En revanche, le principe de partage reprend toute sa force lorsque l'expertise aura pour objet de régler les rapports entre héritiers intégrés à la société et héritiers exclus. Situation qui résulte du jeu des stipulations prévoyant la continuation de la société avec un seul ou quelques-uns des héritiers.

185. — 2° C'est que la possibilité est également offerte aux associés fondateurs, d'insérer au pacte social une clause aux termes de laquelle la société se poursuivra avec les héritiers de l'associé. Par rapport à l'hypothèse précédente, la perspective est inversée. On se place d'un point de vue différent : l'héritier va effectivement participer à l'entreprise collective. Dès lors, l'*intuitus personae* joue un rôle décisif dans le régime du droit de l'associé prédécédé. On le vérifie à deux moments :

— en premier lieu — mais cet aspect du problème ne nous retiendra pas, compte tenu de l'objet de la démonstration entreprise — l'article 1868 nouveau du Code civil légalisant, là encore, la jurisprudence Gatelier (250), autorise les prescriptions discriminatoires, sous réserve que l'héritier exclu du groupement soit indemnisé dans les conditions fixées à l'alinéa 5;

— en second lieu, il est loisible aux fondateurs d'inclure, dans les statuts, une clause exigeant l'agrément de l'héritier par les associés survivants (251). La formulation du texte laisse planer quelques incertitudes quant à son interprétation (252).

Au vrai, celle-ci doit être guidée par un principe unique : celui de la protection des intérêts de la collectivité et de l'entreprise sociale. Ainsi, la faculté d'agrément sera ouverte, quelles que soient les conditions de la continuation (253). Mais encore, l'exercice de l'agrément lui-même pourra être *individualisé*. En se fondant sur les données littérales de l'article 1868 du Code civil, on a pu cependant soutenir le contraire.

(249) MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n° 658, p. 220.

(250) CATALA, *op. cit.*, p. 74, n° 18 et p. 75, n° 19.

(251) Art. 1868 et s., *in fine*.

(252) MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n° 663, p. 221 et s.

(253) MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n° 663.

En effet, selon l'opinion émise par MM. Mercadal et Janin, le choix entre les héritiers serait impossible car « les alinéas 1 et 3 visent les héritiers et l'on a coutume d'admettre que ce terme englobe les héritiers en général. Certes, l'alinéa 4 du même article prévoit-il l'indemnisation d'un héritier à ses cohéritiers, mais cette disposition n'est applicable que lorsqu'il a été stipulé la continuation de la société, soit avec le conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs héritiers... » (254). Aussi cohérente que soit cette démonstration, il semble difficile d'y souscrire :

— d'une part, on ne peut méconnaître le fait qu'ôter la possibilité d'un choix au moment de l'admission de l'héritier dans la société équivaut à vider la clause d'agrément de sa signification réelle, et à lui faire perdre indirectement sa fonction de protection des intérêts sociaux. Quelle serait l'efficacité de cette mesure, si l'entrée d'un héritier jugé compétent devait systématiquement entraîner celle d'un autre inapte aux affaires sociales ? Et les termes de la question peuvent être inversés ;

— d'autre part, le raisonnement semble reposer sur la confusion du principe de continuation de la société avec les héritiers de l'associé prédécédé, avec sa mise en œuvre.

Ce qu'a voulu le législateur, c'est mettre à la disposition des associés un mécanisme sélectif à *deux détenteurs*, chacun jouant à un moment différent. Lorsqu'on élabore les statuts, on peut prévoir que la société se poursuivra avec les héritiers, sous réserve que cette prescription ne se révèle pas néfaste pour l'entreprise quand elle devra se réaliser.

En d'autres termes, *la clause de continuation fait de l'héritier un associé virtuel, tandis que la faculté d'agrément lui confère la qualité de créancier possible*. D'ailleurs, la situation créée par l'obligation faite aux associés survivants de se prononcer sur l'admission de l'héritier invite à cette analyse.

Quid, en effet, de l'état de la société entre le décès d'un associé et la décision prise par les autres d'intégrer ou non un ou plusieurs de ses héritiers ?

Il faut considérer avec MM. Hémard, Terré et Mabilat que, pendant ce laps de temps, il y a « dissociation provisoire de la qualité de titulaire de parts et de celle d'associé ». Le refus où l'octroi de l'agrément y met un terme. Il fait de l'héritier soit un associé à part entière, soit un simple créancier de la société, de ses cohéritiers-associés.

En tout état de cause, et pour les raisons que nous venons d'évoquer, l'agrément devra, à notre sens, résulter de la volonté unanime

(254) MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n° 663, p. 221 et s.

des associés survivants (255), comme la loi l'exige, en cas de cession de parts, sous réserve cependant que la décision de refus ne soit pas abusive.

§ 2. — « *Intuitus personae* » et cession de parts sociales.

186. — Il est classique de dire que les parts d'associés en nom sont « incessibles » (256). La formule qui traduit assez bien le manque de souplesse de leur régime n'est cependant pas parfaitement exacte. Elle signifie seulement qu'indépendamment du formalisme traditionnel de l'article 1690 du Code civil, la régularité de la cession de parts d'intérêt est encore subordonnée à des mesures complémentaires qui, toutes, procèdent du fort *intuitus personae* qui domine le groupement.

Les unes ont une portée externe. Nous voulons parler de l'obligation faite aux parties à l'acte d'en déposer une expédition au Greffe du Tribunal de commerce (257) et de son corollaire, l'établissement d'un écrit. Les autres, qui entrent plus précisément dans le champ de notre démonstration, répondent au souci de préserver l'harmonie des relations intérieures à la société. Il s'agit principalement, du devoir qui pèse sur le cédant de faire agréer le cessionnaire par ses coassociés. L'article 19 de la loi lui confère un caractère impératif.

La protection des intérêts de la collectivité est d'autant mieux assurée que l'unanimité des suffrages est exigée. Le fait que l'obligation contenue à l'article 19 soit d'ordre public, doit normalement entraîner la nullité des clauses prévoyant l'octroi de l'agrément à la simple majorité.

Certes, avant 1966, on faisait valoir dans le sens de leur validité qu'elles-mêmes avaient été adoptées à l'unanimité, que ce fût au moment de la rédaction ou à l'occasion d'une modification des statuts. Mais ce raisonnement, procède d'une assimilation erronée du principe d'agrément à l'agrément lui-même. Dès lors que l'on estime que l'*intuitus personae* doit jouer un rôle décisif dans le fonctionnement de la société en nom, et c'est bien là la philosophie législative, il est normal que l'agrément résulte de la volonté de tous.

Dans le prolongement de ce qui précède, on relèvera encore qu'il ne saurait être donné par avance (258) et qu'il devra être individualisé, c'est-à-dire fondé sur l'appréciation de la personnalité du cessionnaire au moment du transfert.

(255) MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n° 663. — *Contra* HEMARD, TERRÉ, MABILAT, *op. cit.*, n° 310, p. 308.

(256) HEMARD, TERRÉ, MABILAT, *Sociétés commerciales*, p. 232, n° 249.

(257) Article 20, alinéa 1, 24 juillet 1966.

(258), MERCADAL et JANIN, n° 669.

187. — Mais l'influence de l'individualisme classique, dans le régime du droit d'associé, est encore perceptible lorsque l'on envisage les effets de la cession.

Il n'est pas inutile d'observer, tout d'abord, que sur le plan fiscal, lorsque la cession porte sur des parts représentant un apport en nature, opéré moins de trois ans auparavant, c'est un droit de mutation correspondant à la qualité du bien apporté qui sera dû au titre de l'enregistrement.

Mais il importe de souligner ensuite que, sur le plan civil, cette fois, l'obligation de non-rétablissement pesant sur le vendeur de fonds de commerce est étendue au cédant de parts représentatives des droits dans la société exploitant ce fonds (259). Au-delà même, la cession de parts sera d'autant plus aisément considérée comme constituant la vente du fonds lui-même que la société aura revêtu la forme de société en nom (260).

Ici, l'objet de l'entreprise et la forme de la société conjuguent leurs effets pour émousser les conséquences de la personnalité morale.

SECTION II

LE REGIME DES PARTS DE SOCIÉTÉ IMMOBILIÈRE D'ATTRIBUTION

188. — Envisager le régime des parts des sociétés immobilières d'attribution, c'est indirectement poser le problème de leur nature. L'état de copropriété à venir exerce, il est vrai, une influence directe sur le fonctionnement de ces sociétés. Là se trouve l'origine de leur particularité.

Mais cette influence est-elle si forte qu'elle soit susceptible d'affecter la qualité même du droit de leurs membres, et au-delà la logique de l'ordre sociétaire ?

On observera tout d'abord, que l'on pourrait faire valoir dans le sens de l'affirmative, que très précisément, la question n'intéresse pas, à proprement parler, les parts de sociétés mais *nécessairement le groupe de parts* correspondant à l'immeuble qui sera attribué à son titulaire.

Ets-ce suffisant pour en induire que l'ensemble du régime du groupe de parts sera différent de celui de la part d'associé elle-même ?

(259) Nîmes, 1^{er} juillet 1933, D.P. 1934.II.49, note FRÉJAVILLE ; *adde* FOYER, in *La personnalité morale et ses limites*, p. 122.

(260) Cass. com., 11 octobre 1971, D. 1972.688, note Mlle GRIVART DE KESTRAT, *sp.* p. 691, *adde* Com., 25 nov. 1971, Rev. soc. 1972.703, note OPPETIT.

189. — C'est à l'occasion de leur cession que les données du problème apparaissent dans toute leur étendue. Le cédant devra-t-il au cessionnaire la garantie du vendeur, ou sera-t-il tenu dans les termes de l'article 1693 du Code civil ?

Certes, une réponse affirmative à la première de ces deux interrogations présente, sur le plan de la pratique, d'incontestables avantages. La garantie de l'article 1625 du Code civil constitue pour l'acquéreur une mesure de protection efficace contre son vendeur, ce qui, en la matière, serait d'autant plus appréciable que celui-ci est le plus souvent un promoteur professionnel aguerri aux affaires.

Mais elle est incompatible avec le principe de personnalité morale, lequel est nécessaire à la dynamique et au succès de l'entreprise de construction collective. Pourtant, un fort courant favorable à cette solution s'est dessiné en jurisprudence (261). Mais une fois écartées les considérations pragmatiques qui ont dicté ces décisions, il reste à leur donner un fondement (262).

Sur ce point règne le plus grand désordre ce qui déjà trahit l'impropriété du choix opéré.

Plusieurs démonstrations ont été entreprises pour le justifier (263). Elles s'inscrivent dans deux directions principales :

a) Une première démarche consiste à méconnaître partiellement — voire totalement (264) — les effets de la personnalité juridique de la société, en faisant valoir soit l'originalité de son objet (265), soit « le lien étroit existant entre les parts et l'appartenance » (266). Aussi conformes à la réalité *des faits* que puissent paraître ces arguments, il est difficile d'y souscrire. En effet, que la technique de la transparence permette d'adapter le concept de personnalité morale aux exigences de l'entreprise sociale est une chose, en est une autre de nier le principe sociétaire lui-même.

b) Différent est le raisonnement qui, bien que respectueux de la personnification de la société, propose de tenir compte du sort futur du droit de l'associé, de son devenir, pour lui appliquer immédiatement partie du régime qui sera le sien après la dissolution de la société.

(261) T.G.I. Seine, 11 janvier 1961, J.C.P. 1963.II.12270, note SEQUIN, A.J.P.I. 1961.II.104, note CABANAC, Gaz. Pal. 1961.I.227, D. 1961, Som. 66, R.T.D. Co. 1961.642, n° 4, obs. SAINT-ALARY, T.G.I. Paris, 17 décembre 1968, A.J.P.I. 1969.II.722, note BOUYEURE, Gaz. Pal. 1969.I.143, R.T.D. Co. 1969.767, n° 6, obs. SAINT-ALARY, Lyon, 8 juin 1971, J.C.P. 1973.II.314.

(262) SORTAIS, note sous cass. 3° civ. 15 mai 1970, Rev. soc. 1971.582.

(263) SORTAIS, note précitée.

(264) T.G.I. St-Nazaire, 10 octobre 1961, J.C.P. 1962, éd. n. II.12555, selon lequel l'associé serait titulaire d'un droit réel immobilier.

(255) Lyon, 8 juin 1971, J.C.P. 1973.II.17.314.

(266) SAINT-ALARY, R.T.D. Co. 1961.643. — FORTIER, concl. sous Paris, précité. — BOUYEUR, A.J.P.I. 1969.II.722.

C'est ainsi qu'un auteur a tout d'abord suggéré d'assimiler la cession de parts à une cession de droits successifs, afin de la faire tomber dans le champ de l'article 1696 du Code civil (267). Solution qu'il fonde sur le fait que l'associé détient un droit au partage.

Dans le même ordre d'idée, il est à se demander, s'il ne serait pas possible d'élaborer ici une théorie de *l'immobilisation par anticipation*. Mais on objectera à l'encontre de cette analyse qu'il n'appartient pas à la volonté individuelle de créer de nouvelles catégories de biens. Or la volonté est, en cette matière, d'autant plus impuissante que la loi prévoit expressément que les parts d'associé sont des meubles incorporels (268).

Mais quelle que soit la voie empruntée, c'est la qualité même du groupement qui, à travers la nature du droit de ses membres, se trouve être en question : « on veut bien, relève avec raison un auteur, que les sociétés de construction soient originales (et nul ne saurait nier qu'elles le soient), mais il s'agit de savoir si elles sont ou non des sociétés » (269).

Il faut aller au-delà si l'on veut percevoir clairement la contradiction inhérente aux tentatives d'explications que nous venons d'exposer.

Si l'on considère que la part d'associé, quel que soit le moyen utilisé pour parvenir à ce résultat, est « immobilisée » quel sera la nature du droit de son titulaire ? Serait-il déjà copropriétaire ? L'application de la garantie du vendeur à la cession de parts invite à cette interprétation.

Le raisonnement retenu conduit alors inéluctablement au paradoxe suivant : parce que l'associé sera nécessairement copropriétaire, autant considérer qu'il l'est d'ores et déjà. Quelle signification pourra-t-on dès lors donner à la dissolution, ou au droit de retrait ?

L'objection n'a pas échappé à la Cour de cassation qui, suivant en cela la jurisprudence de certaines juridictions du fond (270), et l'opinion d'une partie de la doctrine (271), a jugé que « fait une fausse application de l'article 1693 du Code civil l'arrêt qui décide que le cédant de parts d'une société de construction est tenu de la garantie du vendeur, alors qu'il n'avait fait que subroger dans ses

(267) SEGUIN, note J.C.P. 1961.II.12.270.

(268) TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, L.G.D.J. 1957, sp. p. 66 et s.

(269) SORTAIS, note précitée, p. 589.

(270) T.G.I. Seine, 8 février 1963, A.J.P.I. 1963.II.506, note CABANAC ; Paris, 29 avril 1967, D. 1967, Som. 102 ; T.G.I. Grasse, 12 mai 1969, J.C.P. 1972.II.17253, note PETOT-FONTAINE.

(271) V. notamment CABANAC, *Doit-on appliquer, en matière de cession de parts ou d'actions d'une société de construction, la garantie du vendeur ou celle du cédant de créance ?*, Gaz. Pal. 1964.2, Doct. 55.

droits l'acquéreur de ses "parts" » (272). La décision est nette : le candidat propriétaire est un associé.

Le principe avait d'ailleurs été clairement posé quelque temps auparavant. La Cour ayant déclaré irrecevable l'action en rescision pour lésion engagée relativement à une cession de parts (273), elle devait être confirmée par la suite (274).

190. — Pourtant, l'état « latent » de copropriété exerce une sorte de pouvoir attractif sur le régime du droit d'associé.

On relèvera, tout d'abord, que la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même n'est pas sans faille. Par un singulier arrêt du 18 juillet 1972 elle a, suivant les suggestions du conseiller Fabre, estimé que : « le contrat de souscription qui procure personnellement au souscripteur un droit à la jouissance immédiate des immeubles, et à la pleine propriété au jour de la dissolution de la société, constitue un titre contenant une cause d'acquisition du bien antérieur au mariage qui fait tomber la présomption de communauté de l'article 1402 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi du 13 juillet 1965, bien que le transfert de propriété se soit réalisé au cours du mariage » (275). En d'autres termes, les parts acquises dans ces conditions ne subiront pas le sort des meubles.

Cette décision a de quoi étonner (276) compte tenu, non seulement de l'option qu'a prise par ailleurs la haute juridiction, mais encore des raisons que nous avons exposées.

Certes, on rétorquera que dans cette espèce, la Cour de cassation a déplacé les données du problème. Elle l'a posé en termes de cause et de régime matrimoniaux se refusant à aborder la nature du droit de l'associé. N'a-t-elle pas, d'une certaine manière, censuré les juges du fond qui avaient, précisément, envisagé la question sous cet angle, en opérant une substitution de moyen ?

Mais, fondamentalement, les choses restent identiques ; le point de vue d'où l'on se place ne peut par lui-même changer la qualité de l'objet observé « je comprendrais, observe dans ce sens Philippe Malaurie, — sans vouloir ici discuter la question — que d'une manière générale la part sociale qui donne vocation à la propriété privative d'un immeuble déterminé fût, en raison du principe de la transparence civile et des analogies fiscales, qualifiée d'immeuble, qualification qui vaudrait aussi bien, pour la rescision, la garantie que le régime matrimonial. Mais si ce droit est mobilier dans l'ancienne

(272) Cass. 3^e Civ, 15 mai 1970, Rev. soc. 582, note SORTAIS, Bull. civ. III, n° 340, p. 248.

(273) Cass. Civ. 3, 9 mai 1970, Bull. civ. III, n° 234, p. 172, D. 1970.726 ; J.C.P. 71.II.16925, note PETOT-FONTAINE.

(274) Civ. 2^e, 27 octobre 1971, D. 1972.473. Il s'agissait de savoir si la saisie-arrêt était applicable aux parts de société de construction.

(275) Cass. civ. 3^e, 18 juillet 1972, D. 1972.578, rapport FABRE.

(276) MALAURIE, *Les actions de sociétés immobilières dans la communauté de meubles et acquêts*, D. 1972.269.

communauté légale, il est commun, même lorsqu'il est acquis avant le mariage, et ne peut donc être un titre, rendant propre l'acquisition privative ultérieure dont il est la cause » (277).

Aussi bien, *a contrario*, la solution pourrait conduire à vider de son contenu le principe précédemment dégagé.

Toujours est-il que cet arrêt, malgré les contradictions qu'il fait naître dans la jurisprudence de la Cour de cassation, révèle le souci de cette dernière de ne pas appliquer, dans sa plénitude, le régime du droit d'associé, à un droit qui se présente, de fait, comme la préfiguration du droit de copropriété.

La loi elle-même n'incite-t-elle pas, dans une certaine mesure, à émettre de telles restrictions ?

Indirectement tout d'abord : les textes de 1971 (278) réformant le droit des sociétés de construction sont significatifs à cet égard. Pour renforcer la protection du cessionnaire (279), ils établissent un lien étroit et obligatoire entre les sociétés et le contrat de promotion immobilière. Ainsi, le transfert volontaire des parts est interdit, à un associé ou à un tiers, tant que la société n'a pas conclu un contrat de cette nature avec un promoteur ou avec ses représentants légaux. Si bien que la difficulté de la garantie du cédant, qui subsiste dans son principe, est, en quelque sorte, surmontée par un moyen détourné.

On sait, en effet, que le contrat de promotion se caractérise par le fait qu'il est une espèce de mandat, dont le mandataire serait tenu à une obligation de résultat.

Directement ensuite. Il est remarquable que l'article 14 de la loi du 19 décembre 1961 sur les successions étende les dispositions des articles 815, 832 et 866 du Code civil, visant l'attribution préférentielle d'un local d'habitation, ou à usage professionnel « aux droits sociaux donnant vocation à l'attribution de ce local en propriété, ou en jouissance ».

191. — L'exposé de l'ensemble des solutions positives est riche d'enseignements, quant à la théorie de la personnalité morale, et au-delà, quant à la qualité du rapport qui peut s'établir entre cette notion et celle de droit subjectif.

Dans les sociétés immobilières d'attribution, ce rapport est dynamique. Il est singulier, mais exact, de constater, en effet, que la personification de la société n'a d'autre objet que de favoriser l'accès de ses membres à un droit privatif, aux utilités comparables à celles du droit d'un copropriétaire; mais simultanément, la marche de l'entreprise collective vers son but a pour conséquence de « refou-

(277) MALAURIE, *op. cit.*, pp. 269, 270.

(278) Qui ont été partiellement modifiés par la loi n° 72.649 du 11 juillet 1972.

(279) SORTAIS, *La protection de l'acquéreur d'appartement*, *op. cit.*, sp. p. 300.

ler », au fur et à mesure qu'elle approche de son terme, les effets internes de la personnalité morale.

Si nous avons insisté sur le régime du droit de l'associé de ce genre de société, c'est qu'il illustre de façon singulièrement éloquente la « plasticité » du concept de personnalité morale, « plasticité » qui, gouvernée par les intérêts privatifs des membres, se révèle d'un double point de vue; on observe, en effet, que :

- d'une part, s'agissant du principe même de personnification, son application à une entreprise ayant un objet et une finalité particulière, lui imprime des traits originaux;
- d'autre part, et cette remarque renforce la première, le contenu du concept de personnalité morale peut varier dans le temps; il perd de sa plénitude initiale avec l'avancement de l'entreprise collective.

Au moment de l'attribution en jouissance, la fonction interne de la personnalité morale — qui, du point de vue des tiers, reste une technique d'expression collective — n'est plus de créer un véritable système collectif nécessaire à une entreprise à caractère économique, mais uniquement de coordonner l'exercice individuel de droits concurrents et de même nature relatifs à un bien « oisif ».

Il n'est pas illogique que l'on soit amené, dans ces conditions, à mettre en évidence les analogies qui peuvent exister alors (mais alors seulement) entre la société de construction et le syndicat des copropriétaires (280). Mais cette parenté ne saurait voiler leur différence fondamentale, car si la personnalité morale de la première reste dotée d'un effet novatoire de droit (281) dont les conséquences ont été certes émoussées, il n'en va pas de même pour celle du second. En effet, malgré la personnification du syndicat, le copropriétaire demeure titulaire de droits directs sur les biens collectifs.

En dépit de l'effort législatif récent pour en intensifier les effets, la personnalité morale du syndicat laisse le droit de ses membres survivre dans sa nature.

(280) Sur la comparaison de l'une avec l'autre, cf. SIZAIRE, *La vocation à la propriété et les sociétés immobilières*, op. cit., sp. p. 220 et s.

(281) SIZAIRE, op. cit., *ibidem*.

DEUXIEME PARTIE

LES PERSONNES MORALES
LAISSANT SURVIVRE LE DROIT SUBJECTIF
DANS SA NATURE

COEXISTENCE DE DROITS SUBJECTIFS ET PERSONNALITE MORALE

192. — Dans le couple personnalité morale-droit subjectif, le rapport des forces est variable. Nous avons examiné, au cours de la première partie, les hypothèses où la première prime la seconde. L'étendue de la personnalité morale, l'intensité de ses effets, en provoquant la disparition d'un droit de type classique, engendrent l'apparition d'un droit original : le droit d'associé. Il n'a de signification que relativement à elle.

C'est désormais la situation inverse qui retiendra notre attention. A l'intérieur des groupements personnifiés, objet de l'étude entreprise dans cette seconde partie, c'est le droit individuel des membres qui gouverne le fonctionnement de la personnalité morale. *Elle sera principalement envisagée comme une technique d'expression collective, tandis que son pouvoir de transformation des droits subjectifs restera faible.*

La personnalité morale vient, en quelque sorte, se superposer à la réunion de droits individuels de *même nature et concurrents*.

Ainsi, elle aménage et *coordonne* leur coexistence plus qu'elle ne les affecte en eux-mêmes.

Il en est ainsi dans le syndicat des copropriétaires, dans la masse des obligataires ou des créanciers des procédures d'exécution collective. Une place à part doit cependant être faite aux associations et syndicats professionnels. Non pas que les éléments du problème soient d'une autre qualité, mais ils se présentent sous un jour quelque peu différent dans la mesure où ces groupements organisent le concours, non pas de *droits* individuels, mais d'*activités* individuelles. C'est-à-dire d'un faisceau de droits réunis entre eux par une même fin : la personnalité de leur titulaire, en tant qu'elle est engagée dans un type d'action définie.

Mais l'exactitude commande que la question soit abordée dans une perspective évolutive. En effet, il est frappant d'observer qu'à l'inver-

se de ce qui se produit pour les personnes morales, opérant novation de droit, qui sont, de plus en plus fréquemment, et de façon toujours plus diversifiée, touchées par la technique de la « transparence », on constate ici que bien que par hypothèse l'individuel doive primer le collectif, l'« opacité » de la personnalité de ces groupements tend à s'intensifier.

Quelle est la cause de ce phénomène ? A la vérité, il semble que la législation contemporaine prenne en considération, tout autant que la réunion des intérêts, la *communauté des personnes*. Jean Foyer, Garde des sceaux, n'affirmait-il pas, présentant à l'Assemblée nationale, le projet de loi sur la copropriété des immeubles bâtis : « le Gouvernement a estimé souhaitable d'imprimer un esprit plus communautaire à l'organisation de la copropriété » (1). Il est logique que, dans le même temps, se soit renforcé le pouvoir modificateur de droit de la personnalité morale.

Aussi bien, si le point de départ de l'analyse doit rester le droit subjectif — dans sa définition classique — il importe cependant de tenir compte en permanence de l'influence que ce facteur nouveau exerce sur le droit positif et de la tendance qu'il imprime à son orientation.

193. — Le droit subjectif doit être perçu comme une structure complexe dont les éléments, tout en étant intimement combinés les uns avec les autres, ont des caractères propres et une *fonction* spécifique qui réagit sur l'ensemble auquel ils sont incorporés (2).

Il ne faut plus voir en lui ce tout unitaire tel que l'envisageait la doctrine au siècle dernier (3) mais bien plutôt un *tout composite*. La conception statique du droit subjectif doit laisser la place à une conception dynamique qui rendra compte et de l'indépendance structurelle de ses éléments et de leur influence mutuelle. C'est dans la perspective de cette analyse que nous pourrions valablement mesurer l'intensité du caractère collectif des groupements personnifiés présentement étudiés.

Un élément cependant parmi les autres constitue la pièce maîtresse du droit; il est le noyau central qui projettera ses caractères sur les autres, et comme tel c'est, en le prenant pour référence, qu'on qualifiera le droit subjectif tout entier, et que l'on appréciera le degré d'individualisme qui le domine.

Car si le principe individualiste est de l'essence même du concept de droit subjectif, *il n'empêche qu'il peut présenter, selon les droits individuels envisagés et à l'intérieur même de ces droits, une rigueur variable*. Il convient de préciser cette remarque : dans la conception classique, les droits réels postulent un rapport direct avec une chose, ils renferment donc des pouvoirs individuels plus

(1) J.O., A.N., 23 avril 1968, p. 818.

(2) SORTAIS, *Le titre et l'émolument*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 2.

(3) DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz éd., 1952.

étendus et énergiques que ceux que contient le droit de créance, aussi contraignant soit-il pour le débiteur. A la différence du premier, le second est plus malléable. Aussi, selon les cas, le droit subjectif supportera-t-il inégalement son intégration à une organisation collective.

Cet élément essentiel du droit subjectif, c'est dans son contenu économique qu'il convient de le rechercher; car les droits ont été définis comme « des aires d'action, des sphères d'activité dont les individus vont jouir sous la protection de l'Etat » (4). Encore faut-il préciser que les modalités de jouissance d'exercice et de défense du droit découleront des besoins auxquels il répond (5), le contenu d'un droit « se présente ainsi comme une action ou le résultat d'une action sur le réel » (6). Il est le fait qui explique le droit bien que limité par celui-ci.

C'est indirectement à lui que l'on fait référence lorsque l'on oppose traditionnellement les libertés aux droits patrimoniaux et parmi ces derniers les droits réels aux droits personnels (7).

Aussi, la force de l'individualisme dont il est porteur rayonnera sur l'ensemble du droit. *Ce qui distingue une liberté d'un droit patrimonial, c'est que son contenu d'ordre politique ou philosophique peut s'identifier à un aspect de la personnalité juridique elle-même, définie par rapport à une activité donnée.* Alors que celui d'un droit patrimonial est d'ordre économique et ne suppose qu'un lien direct ou indirect sur une chose.

Le droit de propriété emporte une souveraineté immédiate et absolue sur les utilités d'une chose, le droit de créance, quant à lui, tire sa valeur du « *vinculum juris* », c'est-à-dire de ses virtualités présentes ou de sa réalisation future.

Du point de vue où nous situons notre réflexion présentement, le contenu effectif du droit subjectif comme facteur déterminant de sa nature, suscitera l'état de groupement et fixera la limite ultime aux effets de la personnalité morale interne.

C'est ainsi que, dans son principe, le groupement syndical est conçu comme un moyen de sauvegarder concrètement une liberté : celle du travail. C'est pourquoi, il ne saurait, par son existence, l'affecter trop gravement. Il en ira de la même façon pour le syndicat des copropriétaires et pour la masse des créanciers.

Cependant, cette diversité matérielle des droits qui conduit à celle des personnes morales ne saurait voiler les constantes du droit subjectif.

(4) CARBONNIER, *Droit civil*, Tome I, p. 135, édition 1967.

(5) SAYAG, *Le besoin créateur de droit*, L.G.D.J.

(6) SORTAIS, thèse, cit. p. 16.

(7) Cf. DABIN, *op. cit.*, adde du même auteur, *Une nouvelle définition du droit réel*, R.T.D. Civ. 1962, pp. 1 à 44.

194. — Un des reproches qu'encourt la doctrine classique, notamment lorsqu'elle dresse une cloison quasiment hermétique entre droit réel et droit personnel, est de rester prisonnière de l'utilité réelle du droit subjectif alors que sous réserve de l'influence que celle-ci exerce évidemment sur lui, il présente cependant des aspects invariables qui en font précisément un droit.

Les points de convergence que l'école moderne a mis en évidence entre les droits patrimoniaux (réels et personnels), procèdent du fait que son raisonnement commence de se détacher d'une analyse trop matérialiste des droits, pour en proposer une plus abstraite, plus proprement juridique (8). Dès lors, les différences soulignées traditionnellement s'estompent et l'on peut aisément expliquer certaines situations hybrides, telle que l'obligation *propter rem* (9).

La démarche doit être menée plus avant. Qu'il soit patrimonial ou extra-patrimonial, un droit s'organise à partir de composantes constantes qui participent de sa définition même. On peut les rattacher au couple « élément substantiel du droit » et « action ».

On admet classiquement que l'action forme avec le droit un bloc monolithique; celle-là s'analysant comme celui-ci en mouvement (10). Il y aurait une confusion permanente entre l'un et l'autre. Mais cette vue des choses, attachée à la philosophie unitaire du droit du XIX^e siècle pour avoir été récemment encore défendue par certains auteurs (11), est apparue cependant inexacte à d'autres.

Certes, le lien est certain entre droit substantiel et action. Et cela est si vrai qu'historiquement le droit romain consacrait le droit par l'action; aussi, une distinction absolue entre eux ne donnerait pas un reflet fidèle des solutions positives (12), mais l'inverse est aussi vrai. En réalité, nous dirons, reprenant l'analyse de Motulsky, que si l'action vient compléter le droit, elle conserve, par rapport à ce dernier, son autonomie, en tant qu'elle est elle-même « un droit subjectif processuel » (13).

(8) GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, Paris, L.G.D.J. 1960 ; du même auteur : *Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel*, R.T.D. Civ. 1962, p. 575. Cette chronique étant une réponse adressée par son auteur aux critiques formulées par DABIN.

(9) ABERKANE, *L'obligation « propter rem »*, L.G.D.J. 1957.

(10) GARSONNET et César BRU, Tome I, n° 351, p. 521.

(11) DABIN, *Le droit subjectif*, p. 98, qui écrit : « sur le plan du droit positif, on peut donc et on doit affirmer avec Ierhing que le droit subjectif complet est le droit assuré par la société. Tant que cette assurance n'est pas organisée juridiquement, le droit manque, quand même il existerait sur le plan moral ».

(12) SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, Sirey 1961, p. 103, n° 103.

(13) MOTULSKY, *Le droit subjectif et l'action en justice*, in « Le droit subjectif en question ». Archives de philosophie du droit, p. 215 et s., qui, aux termes d'une pénétrante analyse conclut : « humble servante d'un droit substantiel, l'action conserve au regard de toutes les situations objectives et subjectives, son autonomie en tant que droit subjectif processuel ».

L'école italienne, dans le même sens, avait déjà mis en lumière cet aspect de l'action (14).

De fait, plusieurs arguments ont été avec raison avancés à l'encontre de la conception unitaire, et nombreux sont les exemples qu'offre le droit positif où droit et action sont, soit totalement dissociés (15), soit inégalement atteints par les effets de la loi ou d'un acte juridique (16). Enfin, on ne saurait passer sous silence que l'article 2 du décret du 20 juillet 1972, en qualifiant l'action en justice de « droit » d'être entendu sur une prétention, ou d'en discuter le bien-fondé (17) a, du même coup, souligné son autonomie, par rapport à l'élément substantiel du droit.

195. — *Or, c'est dans cette perspective dualiste que doit être entreprise l'étude des effets de la constitution d'un groupement sur le régime juridique du droit de ses membres.*

Certes, il est des droits dont, par nature, la réalisation est plus largement dépendante de l'action qui en assure la protection. Il ne faut pourtant pas s'y tromper. L'illustration que fournit à cette remarque le droit des créanciers dans la masse des procédures collectives de concours, est particulièrement édifiante à cet égard. La plupart des auteurs n'hésitent pas à parler de « collectivisation » des droits, invoquant comme sa manifestation la plus évidente, la suspension des poursuites individuelles.

Cette analyse ne doit être que partiellement retenue car :

- d'une part, la règle de la suspension des poursuites ne frappe que l'action individuelle et n'a d'incidence sur le droit, qu'indirecte. *C'est l'élément de contrainte de l'obligation qui est principalement affecté et non pas son élément de dette* (18) ;
- d'autre part, la constitution de la masse n'a pas pour seul but le respect du principe d'égalité entre les créanciers. Elle vise également à une sauvegarde efficace de ce qui est l'assiette économique de leurs droits, c'est-à-dire leur gage général consacré par l'article 2093 du Code civil sur l'ensemble des biens du débiteur (19). Si bien qu'altéré dans son pouvoir de contrainte, le droit

(14) Cf. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema di diritto processuale civile*, in « Saggi di processuale civile », I, p. 3 et s. — CARNELUTTI, *Lezione di diritto processuale civile*, Tome I, 888, cité par SOLUS et PERROT, *op. cit.*, p. 100.

(15) Exemple : des obligations naturelles ou de l'action prescrite.

(16) M. BOYER a ainsi montré dans sa thèse sur la transaction que celle-ci ne touchait que l'aspect processuel, laissant intact son élément substantiel.

(17) De la même façon l'art. 30 du nouveau Code de procédure civile dispose : « l'action est le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée ».

Pour l'adversaire, « l'action est le droit de discuter le bien fondé de cette prétention », *adde*, COUPET, thèse précitée, p. 33 et s.

(18) LE GALL, *Faillites, Les effets du jugement déclaratif*, p. 154, n° 11.

(19) MME REYMOND DE GENTILE, *Le principe d'égalité dans la loi du 13 juillet 1967*, thèse dactylographiée, Paris 1971, p. 312.

individuel se trouve diversement transformé dans son élément principal.

L'exemple que nous venons d'exposer est éloquent, mais il n'est pas singulier. En effet, dans tous les groupements où le droit primitif des membres n'est pas absorbé dans sa totalité par la personnalité morale, on observe que celle-ci — compte tenu de son objet et de sa finalité — affecte inégalement, mais distinctement, l'élément procédural et l'élément substantiel du droit.

Il existe donc deux sources de tension qui, pour être foncièrement de même nature — elles opposent l'individuel au collectif ou plus précisément l'individualisme classique à l'individualisme procédant de techniques collectives — n'en restent pas moins indépendantes et particulières dans leurs données.

C'est la raison pour laquelle la notion d'intérêt collectif n'a pas ici l'homogénéité qu'elle a en droit des sociétés. A la vérité, elle recouvre deux concepts juridiques ayant chacun une fonction différente.

L'intérêt collectif pourra, en effet, se définir :

- tantôt *strictement*, par référence à l'intérêt pour agir (20). Sa portée est alors *extérieure* au groupement;
- tantôt *largement*, eu égard, cette fois, aux exigences propres au fonctionnement de l'ordre collectif dont il constituera, en quelque sorte, l'élément moteur. Sa portée sera, dans ce cas, *intérieure* au groupement.

C'est donc dans ces deux directions que nous orienterons notre étude en mesurant successivement l'influence que peut exercer la personnalité morale sur l'élément procédural du droit (Titre I^{er}) et sur son élément substantiel (Titre II).

(20) SOLUS et PERROT, *op. cit.*, p. 198, n° 223 et s.

TITRE PREMIER

Élément procédural du droit et personnalité morale

196. — Le problème qui se pose en cet endroit est de déterminer dans quelle mesure le membre d'un groupement personnifié demeure, malgré son appartenance, personnellement et isolément gardien de son droit. C'est donc sur le terrain d'actions individuelles qu'il se situe. Pourtant, de l'exposé de ces termes, on peut aisément circonscrire l'objet de la présente étude.

Il ne s'agira pas, en effet, d'examiner les actions individuelles qui naissent de l'état de groupement et qui tendent tantôt à la défense du groupement lui-même, tantôt à celle du droit propre du membre à l'encontre du groupement, mais de porter l'attention sur celles-là seules qui, prolongeant un droit subjectif et lui formant un rideau protecteur, pourraient éventuellement subsister en dépit de l'appartenance de son titulaire à un groupement personnifié (1).

Les difficultés procèderont, comme on le conçoit, non pas tellement de l'état de groupement, mais des effets « internes » de la personne morale. C'est sous cet angle qu'il nous faudra les aborder.

Puisque, par hypothèse, les personnes morales que nous envisageons à l'intérieur de ce titre n'affectent pas la nature des droits individuels qu'elles aménagent collectivement, l'analyse sera conduite en

(1) Sur la distinction des actions individuelles, voir notamment GIVERDON, *L'action individuelle des membres d'un groupement*, J.C.P. 1955, I,1244. — OPPE-
TIT, thèse précitée, p. 135.

permanence au regard de la plénitude des prérogatives que renferment leurs droits de référence. De la sorte, apparaîtra la force de l'emprise du collectif sur l'individuel.

Il serait cependant excessif de penser que l'étude n'aura pour objet que la seule personne morale interne. En effet, l'absorption des actions individuelles par le groupement personnifié, dont les modalités sont fonction de son objet et de sa capacité, apparaît comme une plate-forme où se rencontrent les effets internes et externes de la personnalité morale. Plus qu'ailleurs, se fait jour leur interdépendance; encore qu'il n'y ait pas toujours (et loin de là) symétrie entre l'étendue et l'intensité de l'une et de l'autre.

197. — On sait que le pouvoir d'ester en justice constitue un des attributs essentiels de la personnalité juridique puisqu'il est la projection de sa capacité au plan juridictionnel. Mais le droit d'agir implique nécessairement que la personne morale justifie d'un intérêt et de la qualité pour l'exercer.

Sans doute, les deux notions d'intérêt et de qualité sont-elles distinctes l'une de l'autre (2), car si l'intérêt dérive de la nécessité d'agir, la qualité, quant à elle, doit se définir comme la possibilité de saisir le juge relativement à la prétention débattue (3).

Cependant, dans le champ où nous plaçons notre démonstration, la qualité reconnue à la personne morale tire directement sa source de l'intérêt qu'elle défend. Il est vrai que l'exercice de cette qualité pourra, suivant les cas, être confié soit à l'organe de représentation du groupement, soit à l'un de ses membres. De l'éventualité du partage du droit à agir au nom de la personne morale elle-même, on a pu déduire que « la justification d'un intérêt collectif ne permet nullement de préjuger la qualité » (4), et donner ainsi une illustration significative de l'autonomie des deux concepts.

Mais cette analyse nous paraît pourtant reposer sur la confusion de la qualité de la personnalité morale elle-même et de celle des agents de celle-ci. Car s'il est exact qu'au sein d'une collectivité, plusieurs personnes peuvent ainsi recourir à justice dans son intérêt, et sont en conséquence revêtues de la qualité pour ce faire, *ce ne peut être qu'en vertu de la qualité propre de la personne morale qui, elle seule, détient le pouvoir d'ester en justice pour la défense des droits et intérêts qui lui appartiennent.*

(2) SOLUS et PERROT, *op. cit.* p. 243. — PIEDELIEVRE, *Remarques sur la notion de qualité*, Annales de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, p. 216 et s., et spécialement pp. 219 et 220. — *Adde contra* cependant : MOREL, *Traité Élémentaire de procédure civile*, 2^e édition, 1927. — CUCHE et VINCENT, *Procédure civile*, éd. Dalloz, 13^e édition, n° 16 et s. — En matière de procédure administrative : AUBY et DRAGO, *Traité de Contentieux administratif*, Tome II, n° 1080 et s. — *Adde en jurisprudence* : Cons. Etat, 16 mai 1941, S. 1942.III.14.

(3) SOLUS et PERROT, *op. cit.*, p. 245.

(4) PIEDELIEVRE, *op. cit.*, p. 229.

La détermination des personnes qui, à l'intérieur de l'organisation collective sont en droit d'agir, ne constitue donc, en quelque sorte, qu'un problème de qualité « *au deuxième degré* » contenu dans la question principale de savoir si la personne morale elle-même a, ou non, qualité pour agir.

Or, celle-ci est très intimement dépendante de l'intérêt collectif, entendu bien évidemment dans son acception procédurale.

Ce qu'il importe de souligner ici, c'est que si « l'intérêt propre » à un groupement est une notion qui, dans son principe, existe dès lors que celui-ci est personnifié, en revanche, son contenu réel, sa substance varieront en fonction de l'objet du groupement envisagé.

A vrai dire, il est inégalement proche de l'intérêt individuel de chacun de ses membres.

— Parfois, il en est totalement *distinct*. Il n'y a pas d'interférence entre intérêt collectif et intérêt individuel; dans ce cas, le membre du groupement, malgré son appartenance à celui-ci, reste maître de la plupart des actions attachées à son droit. Le principe de personnification n'a pas d'incidence notable sur le droit d'agir de l'associé, dont le régime laisse transparaître la persistance de l'individualisme classique (Chapitre I^{er}).

— A l'inverse, intérêt individuel et intérêt collectif peuvent parfois se confondre ou au moins se chevaucher. Il en va ainsi lorsque la personne morale ayant pour finalité d'aménager collectivement un droit subjectif — droit de propriété, droit de créance — intérêt collectif et intérêt individuel procèdent tous deux du même droit. Il deviendra alors nécessaire de déterminer les actions qui, lui étant attachées, relèvent du pouvoir collectif ou du pouvoir individuel. C'est dans ces conditions que surgiront oppositions et conflits entre la personne morale et ses membres (Chapitre II).

CHAPITRE PREMIER

L'absence d'interférence entre intérêt individuel et intérêt collectif.

Le domaine respectif de l'action individuelle et de l'action collective.

198. — Dans cette première série d'hypothèses qui nous retiendra, le pouvoir d'ester en justice, reconnu au groupement en tant que tel, se définit relativement à un intérêt pour agir qui ne peut, dans le principe, se confondre avec l'intérêt individuel de chacun des membres.

Il en est ainsi dans les associations et dans les syndicats dont la personnalité morale n'a pas, *a priori*, d'incidence sur le droit d'agir individuellement en justice qui appartient à ses adhérents, « une association, écrit un auteur, ne peut, en tant que personne morale et sous l'empire du seul droit commun, exercer les droits individuels de ses membres » (1).

Ce principe se justifie par le fait que le groupement a moins, ici, pour objet de défendre collectivement un droit particulier que d'assurer la sauvegarde de la personnalité même de ses adhérents en tant qu'elle est engagée dans une activité donnée. Bien plus que le simple

(1) HEBRAUD, Obs. R.T.D. Civ. 1953, p. 144, n° 5 ; *adde*, SORTAIS, note sous Com., 10 décembre 1973, Rev. soc. 1974, p. 337 et s. — COUPET, thèse précitée, p. 219 et s., et n° 113 et s.

droit subjectif, l'activité individuelle s'identifie à une partie de la personnalité juridique elle-même. C'est pourquoi, elle recèle un individualisme aux effets plus énergiques que celui qui gouverne le droit subjectif. Aussi, ce serait l'altérer que d'interdire au membre de ce genre de groupement de demeurer gardien de sa propre activité. Il occuperait alors une position sensiblement moins favorable qu'une personne non associée.

Naturellement, les associations et les syndicats, comme sujets de droit auront seuls l'aptitude à défendre les intérêts qui leur sont propres. C'est le droit commun (2). Mais cette solution ne vise, à vrai dire, que les *moyens* dont dispose la personne morale pour sauvegarder ou améliorer la condition individuelle de ses membres, et non pas cette condition elle-même. Le partage des pouvoirs se fait donc aisément, car le domaine du collectif et de l'individuel est dans le principe nettement réparti.

Mais cette analyse appelle deux remarques :

- d'une part, il faut insister sur le fait que la multiplication des rapports collectifs, dans les domaines les plus divers (3), sollicite et suscite le renforcement de la personnalité morale de ce type de groupement, renforcement qui s'accompagne nécessairement d'une extension de son *emprise*, sur le droit de ses membres;
- d'autre part, il convient d'observer que le principe de libre faculté individuelle d'ester en justice ne se justifie pas par les mêmes raisons et n'a pas le même sens, selon que l'on envisage sa mise en œuvre à l'intérieur des associations ou des syndicats.

En effet, parce qu'elle est une institution fondamentalement privée, l'association n'est pas investie, en règle générale, d'un pouvoir de représentation et de défense d'un intérêt *véritablement collectif*, c'est-à-dire qui « concerne la *généralité* des membres sans pouvoir être imputé à tel ou tel d'entre eux en particulier » (4).

A l'inverse, ce pouvoir constitue l'élément principal de la fonction syndicale qui a, comme on le sait, une nature « semi-publique » (5).

Aussi bien, si dans la première hypothèse, la survie de l'action individuelle s'explique par l'absence d'action propre au groupement fondé sur un intérêt véritablement collectif, en revanche, elle se justifie précisément dans les syndicats par l'existence d'un intérêt collectif authentique dont le contenu est distinct des intérêts indivi-

(2) SOLUS et PERROT, *op. cit.*, n° 243.

(3) BERTRAND, *De l'ordre économique à l'ordre collectif*, in *Mélanges Ripert*, précité.

(4) SORTAIS, note précitée ; *adde*, VOUIN, *L'action syndicale des associations*, J.C.P. 1955.I.1207 ; *Bibl. Gaz. Pal.* 1973.II.523. — COUPET, thèse précitée, n° 120 à 157, pp. 235 à 316.

(5) BRUN et GALLAND, *Traité de droit du travail*, III.27.

duels de chacun des syndiqués. En sorte que les conflits, que renferme la combinaison du principe de survie de l'action individuelle et de la tendance à l'intensification des effets de la personnalité morale, ne se résoudre pas suivant le même principe logique. Ce qu'il nous faut vérifier.

SECTION I

ACTION INDIVIDUELLE ET ACTION COLLECTIVE DANS LES ASSOCIATIONS

199. — Il convient de cerner avec exactitude l'objet de l'étude entreprise et les termes du problème qui lui est relatif.

Bien évidemment, les associations qui, non déclarées, sont dépourvues de la personnalité morale, et donc de capacité, ne retiendront pas notre attention. On sait, en effet, que dans ces conditions, l'action est naturellement et exclusivement réservée aux membres du groupement, comme le relève avec raison, reprenant une règle constante, un jugement du Tribunal de la Seine selon lequel : « les membres d'un groupement qui ne possèdent pas la capacité juridique sont recevables à agir pour demander réparation du préjudice par eux subi, personnellement du fait de la saisie d'imprimés diffusés par le groupement » (6).

Mais il faut aller plus loin; même lorsque l'association est personnifiée, sa capacité d'ester en justice demeure limitée. Certes, elle a la possibilité de saisir les tribunaux pour garantir les droits qui lui appartiennent en propre (7) et qui sont autant de moyens de remplir son objet.

Mais dans cette hypothèse des interférences entre intérêt individuel et intérêt collectif ne peuvent se faire jour, dans la mesure où, normalement, le patrimoine de l'association est parfaitement distinct de celui des sociétaires; il n'est qu'un ensemble de biens et d'obligations, mis au service de l'activité personnelle de ces derniers; le lien qui unit l'association à ses membres n'a donc pas, dans le principe, une nature patrimoniale.

En revanche, bien que personnifiée, l'association n'est pas recevable à solliciter la réparation d'un dommage résultant de l'atteinte qui serait portée à un intérêt collectif (8) parce qu'il n'existe pas, comme nous l'avons vu, au sein de ce type de groupements, d'intérêt collectif véritable.

(6) Trib. civ. de la Seine, 23 décembre 1959, J.C.P. 1960.II.11586, obs. MIMIN.

(7) SOLUS et PERROT, *op. cit.*, p. 230, n° 250.

(8) Rennes, 15 juin 1923, S. 1924.I, p. 49, rapport du conseiller BOULOCHÉ et note CHAVECRIN.

Cependant, cette règle souffre une réserve importante : une jurisprudence déjà ancienne de la Cour de cassation admet en effet : « qu'une ligue représentant l'intérêt collectif des membres a pu, à bon droit, réclamer la réparation du préjudice causé collectivement à ses adhérents si le préjudice invoqué a été éprouvé par l'ensemble des associés » (9). De sorte que l'action de l'association ne sera accueillie que sous la condition que soit établi que chacun de ses adhérents a été *directement* et personnellement lésé dans les intérêts dont il a confié la défense collective à l'association (10).

Il n'y a donc pas d'authentique action collective mais seulement *exercice collectif* d'une action individuelle (11).

Pour ce qui concerne le thème de nos recherches, ces solutions ne sont pas dépourvues d'intérêt. Loin d'empiéter sur l'action individuelle de chacun, la personne morale en est au contraire tributaire. Si un seul des adhérents ne peut agir parce qu'il ne justifie pas d'un intérêt individuel à le faire, l'action de l'association elle-même sera paralysée.

Les données sont inversées. C'est de la possibilité pour tout membre du groupement de défendre son droit isolément que le groupement tire sa propre qualité pour ester en justice, qui n'est, en fait, que le reflet de chaque qualité individuelle qui le compose. Imperceptible dans ses effets internes, la personne morale est revêtue d'un pouvoir d'agir conditionné par celui de ses membres.

200. — Cependant, la justification de cette solution est malaisée à saisir. Cela explique, sans nul doute, que la jurisprudence manifeste aujourd'hui, comme on l'a justement relevé, une certaine « incertitude » dans l'application du principe précédemment dégagée par elle (12).

A vrai dire, la solution du problème posé dépend davantage du contenu que l'on donne à la personnalité morale des associations et au-delà, de la conception que l'on peut en avoir, que directement de la définition qu'est susceptible de recevoir en la matière la notion d'intérêt collectif.

1) Si l'on adopte l'analyse classique qui fait de l'association un sujet de droit, à part entière, *totalement distinct de ses membres*, les relations qu'elle entretient avec eux sont nécessairement d'ordre

(9) Cass. Civ., 25 nov. 1929, D.H. 1930.7 ; S. 1933.I.28 ; *adde* dans le même sens, Civ., 23 juillet 1918, D. 1918.I.52 ; Cass. Crim., 6 avril 1938, S. 1940.I.91 ; Crim., 11 janvier 1951, J.C.P. 1951.IV.33.

(10) COULOMBEL, thèse précitée, p. 256.

(11) COULOMBEL, thèse précitée, p. 256.

(12) COUPET, thèse précitée, p. 222, n° 114. — SORTAIS, note précitée, *sp.* p. 343 ; *adde* notamment en jurisprudence : Com., 10 déc. 1973, Rev. soc. 1974, p. 336, qui refuse à une association d'actionnaires minoritaires de se prévaloir des dispositions de l'art. 226, loi du 24 juillet 1966.

contractuel. Le sociétaire et le groupement ont leurs droits et actions propres. Dans cette perspective, deux voies sont alors ouvertes :

— La première conduit à condamner purement et simplement la solution retenue par la Cour de cassation. On fait valoir en ce sens que le groupement ne peut, dans ces conditions, agir que comme mandataire de chacun de ses adhérents, aussi la recevabilité de son action se heurte à la règle « nul en France ne plaide par procureur ».

Certes, on objectera que « si la maxime a pu exprimer une règle de fond, son sens et sa fonction ont considérablement évolué et l'accord est aujourd'hui unanime pour y voir une règle de pure forme » (13) ; si bien que rien n'interdit à une personne d'en représenter une autre en justice, si l'identité de cette dernière n'est pas masquée.

Mais il reste que même si l'on tient compte de cette importante précision, la solution consacrée par la haute juridiction n'est pas satisfaisante dans la mesure où contrairement à ce qu'elle implique, les actes de procédure, et notamment la signification, devraient être accomplis en la personne du mandant.

— A partir d'une même approche fondamentale de la personnalité morale, on peut en second lieu, admettre que constitue un intérêt propre à l'association, et donc distinct de chacun des intérêts privés de ses adhérents, *la somme en tant que tel* de ces intérêts privés. A l'évidence, à l'inverse du précédent, ce raisonnement justifie la recevabilité de l'action sociale.

Assez curieusement, il se trouve à l'origine du principe dégagé par la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 23 juillet 1918, tout en recevant l'action d'une association de pères de famille, au motif « que les pères de famille peuvent faire collectivement ce que chacun d'eux pouvait faire antérieurement à titre individuel », n'en relève pas moins « que l'adhésion des pères de famille aux associations dont il s'agit n'implique aucune abdication de leur droit, chacun d'eux conservant le libre exercice de son action individuelle » (14).

En d'autres termes, la haute juridiction considère qu'à côté des actions qui lui permettent de sauvegarder les biens composant l'actif de son patrimoine, l'association est encore titulaire d'une action destinée à préserver un intérêt collectif qui, pour résulter de l'addition des intérêts individuels, en est cependant indépendant.

Mais alors, on est amené à s'interroger sur la nature du mécanisme permettant de justifier cette coexistence d'actions, aux traits identiques. On s'explique l'étonnement manifesté par un auteur qui écrivait : « on comprend mal l'opération magique par l'effet de laquelle

(13) SORTAIS, note précitée, *op. cit.* p. 338, citant SOLUS et PERROT, Tome I, n° 271, pp. 253 et 254. — CUCHE et VINCENT, *Procédure civile*, Dalloz éd., 13^e édition, n° 301, p. 345.

(14) Civ., 23 juillet 1918, D.P. 1918.552, S. 1921.I.289, note CHAVEGRIN.

la totalisation d'un ensemble de préjudices individuels transformerait cette masse de préjudices individuels en un préjudice social; on ne s'explique pas pourquoi le dommage de chacun des sociétaires, une fois reconnu, deviendrait le dommage de l'association » (15).

Certes, on peut songer à transposer à l'association une technique propre au droit des sociétés, savoir que l'on considérera que l'adhérent a fait apport à l'association de son droit d'agir (16).

La proposition, dans son principe, doit être approuvée, mais, à la lumière de la solution donnée par la jurisprudence, on ne manquera pas de lui objecter que c'est « un singulier droit celui dont on peut faire apport sans en perdre l'exercice » (17). Aussi bien en ce qu'il n'interdit pas aux sociétaires d'agir individuellement, en dépit de leur appartenance au groupement, le principe dégagé par la Cour de cassation ne paraît pas satisfaisant.

2) Il serait préférable, là encore, d'abandonner cette conception unitaire de la personnalité morale et d'admettre que même au sein des associations, celle-ci développe des effets internes qui ne sauraient être justifiés et expliqués par les concepts et raisonnements contractuels. A la vérité, pas plus que l'associé n'est un tiers par rapport à la société, le sociétaire n'est tiers par rapport à l'association. Il se trouve intégré dans un ordre collectif; la personnification du groupement implique, de la part de ses membres, nécessairement une abdication d'une partie, si faible soit-elle, de plénitude de ses droits.

Mais il importe de souligner que les conditions de cette abdication sont l'expression de la force avec laquelle l'individualisme traditionnel se perpétue dans l'ordre collectif.

Or, le particularisme de la situation observée dans les associations tient au fait que si la personnalité morale absorbe, en quelque sorte, le droit individuel d'agir de ses adhérents, encore faut-il observer que ce transfert de droit ne peut s'opérer qu'autant que tous les membres justifient d'un intérêt personnel à le faire. De telle manière que l'intérêt collectif reçoit ici un contenu fondamentalement individualiste. Ainsi, le pouvoir interne de l'association, pour être incontestable dans son principe, est cependant à peine perceptible. Il y a là un ordre collectif, mais il est embryonnaire.

A partir de là, s'il est logique et souhaitable que soit accordé, dans ces conditions, le droit d'agir aux associations pour la défense

(15) PATIN, note sous Crim., 16 décembre 1954, D. 1955, p. 287 et s., et sp. p. 290.

(16) L. et J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la Responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e édition, n° 1890, p. 989.

(17) SOLUS et PERROT, Tome I, p. 237, note 2; *adde*, SORTAIS, note précitée, sp. p. 342. — J. AUDINET, *La protection judiciaire des fins poursuivies par les associations*, R.T.D. Civ. 1955.213, sp. pp. 12 et 15.

des intérêts de leurs membres, en revanche, on ne peut admettre que ces derniers restent à la tête de ce même droit.

Certes, cette analyse ne vaut pas pour toutes les associations. Certaines d'entre elles ont été investies par le législateur d'une mission plus générale, et sont, de ce fait, dotées d'une plus large capacité judiciaire (18). Ces groupements « habilités » pourront ainsi intervenir à une instance pénale en invoquant le préjudice affectant l'intérêt collectif dont ils assurent la sauvegarde (19).

C'est la raison pour laquelle on a pu observer que les actions exercées par ce type d'associations prennent un authentique caractère syndical (20).

C'est pourquoi le droit d'agir individuellement qui appartient à leurs membres se justifie par des motifs et une logique qui participent de la même nature que ceux qui gouvernent le droit d'agir des membres d'un syndicat.

SECTION II

ACTION INDIVIDUELLE ET COLLECTIVE DANS LES SYNDICATS

201. — C'est un des traits caractéristiques de la personnalité morale qui est conférée aux syndicats professionnels que d'habiliter largement ceux-ci à défendre en justice les intérêts collectifs professionnels de leurs adhérents (21).

Ce n'est point en soi et directement que la capacité judiciaire des syndicats nous importe mais uniquement en tant qu'elle appelle la question de savoir si l'étendue de ce pouvoir a pour effet de limiter celui de ses membres. C'est donc en contrepoint des études classiques sur le droit d'ester en justice des personnes morales que nous entreprendrons la nôtre (22).

(18) Notamment : Associations familiales ; Fédérations départementales de chasseurs (art. 387, al. 2, du Code Rural) ; Associations de défense contre le racisme (art. 8, loi n° 72546 du 1^{er} juillet 1972) ; Associations agréées de consommateurs (art. 46 de la loi 731193 du 27 décembre 1973) ; Associations de Protection animale (loi 76629 du 10 juillet 1976, art. 14) ; Associations de Protection de la nature et de l'environnement (art. 40, loi 10 juillet 1976) ; *adde*, Jeanne de POULRIQUET, *Le droit de mettre en ce moment l'action publique : conséquence de l'action civile ou droit autonome*, R.S.C. 1975.37.

(19) Cass. civ., 1^{er} juin 1956, J.C.P. 1957.II.9788.

(20) VOIN, *op. cit.*, J.C.P. 1955.I.1207.

(21) Art. 2, V. III, Code du Travail. Voir également CAMERLYNCK, *Traité du droit du travail*, Tome IV, par J.-M. VERDIER, p. 394, n° 189.

(22) COULOMBEL, p. 250 et s. — CAMERLYNCK par VERDIER, *op. cit.*, n° 189, et s., *Sur la capacité des syndicats pour agir en justice*. Voir : Cour d'Appel de Paris, 21 novembre 1964, *Questions prud'homales*, 1964, p. 222 ; Cass. 2^e, 19 avril 1969 ; Bull. Civ. 1969.2, p. 83 ; D. 1969, p. 413.

Le renforcement de l'action collective emportera-t-il en corollaire le déclin de l'initiative individuelle ? La recherche de la réponse conduit d'abord à tenter de définir, en l'espèce, la notion d'intérêt collectif.

202. — En matière syndicale, une première certitude doit être formulée. Il ne peut, en aucune façon, être identifié à la somme des *intérêts individuels*. L'originalité de son contenu tient au contraire au fait qu'il s'en détache presque totalement puisqu'il les dépasse en même temps qu'il les renferme. Il est propre à un corps tout entier, ce qui lui confère un contour abstrait et diffus (23).

La profession est considérée comme un tout dont on assure la sauvegarde en tant que tel. C'est la principale mission syndicale. Pour cette raison, il sera plus malaisé de distinguer l'intérêt collectif (24) de l'intérêt général dont le ministère public doit demeurer le seul gardien, que de l'intérêt individuel, qui, plus *concret*, est par là même, plus facilement perçu puisqu'il naît d'une situation objectivement tangible.

L'analyse statistique de la jurisprudence relative au contentieux de la recevabilité de l'action syndicale, illustre cette double remarque (25) et révèle le caractère semi-public de la fonction syndicale (26).

Aussi, la qualité reconnue au groupement pour agir, dérivant nécessairement de l'atteinte portée à l'intérêt général de la profession, laisse entier le droit de chacun des membres, qui pourra, en toute circonstance, prendre « *ut singuli* » la défense de ses intérêts particuliers.

Il n'y a pas, et il ne peut y avoir concurrence entre *action individuelle* et *action syndicale* « elles n'ont, déclare avec raison la Cour de cassation, ni la même cause juridique, ni le même objet, et de la sorte, elles ne peuvent ni s'exclure ni se confondre » (27).

En conséquence, l'action syndicale sera déclarée irrecevable si elle a pour seul but « de donner satisfaction aux intérêts individuels, fussent-ils parfaitement légitimes, de plusieurs, ou même d'un groupe important de membres » (28).

Certes, l'intérêt individuel de chacun peut-il contenir en germe l'intérêt collectif de la profession. Aussi l'atteinte portée au droit que chacun acquiert dans l'exercice de son activité professionnelle, peut-

(23) SOLUS et PERROT, *op. cit.*, p. 221. — CAMERLYNCK par VERDIER, *op. cit.*, n° 205 et s. Voir encore sur ce point : MESTRE, note sous Cass., 28 novembre 1916, S. 1920.I.49.

(24) GUILBERTEAU, *La recevabilité en matière d'infractions économiques* (à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 22 janv. 1970), R.S. Crim. 1973.633, sp. p. 640, n° 13 et s.

(25) CAMERLYNCK, *op. cit.*, par VERDIER, p. 418, référence *bas de page*.

(26) BRUN et GALLAND, *Traité de droit du travail*, III.27.

(27) Cass., 28 novembre 1916, S. 1920.I.49, note MESTRE.

(28) Paris, 21 décembre 1960, Ann. Prop. Ind., 1962.269.

elle, dans le même temps, affecter l'intérêt de l'ordre collectif dans son ensemble. Tout membre d'un corps pouvant être, à certains égards, considéré comme *dépositaire de l'intérêt de ce corps lui-même*. Mais il ne s'agit que d'une éventualité qui ne saurait revêtir un caractère régulier et systématique.

Tout différend qui naît à l'occasion du travail n'autorise pas *ipso facto*, lorsqu'il est porté à la connaissance du juge, l'intervention du syndicat. Il peut ne concerner qu'un intérêt strictement personnel. Les tribunaux de l'ordre judiciaire, comme de l'ordre administratif, n'ont pas manqué de le rappeler repoussant « l'inflation » d'actions syndicales (29). Au demeurant, même lorsqu'elle est recevable, l'action collective ne recoupe jamais totalement l'action individuelle.

A la vérité, le pouvoir d'agir du syndicat, lorsque l'objet du litige individuel intéresse la profession tout entière, reste étroitement dépendant de l'attitude adoptée par le syndiqué :

— Soit ce dernier engage l'instance et le syndicat ne pourra *qu'intervenir* principalement en sollicitant des dommages et intérêts s'il estime que la profession a subi un dommage, accessoirement, en se limitant à prendre « fait et cause » pour le demandeur ou le défendeur principal, s'il considère que, sans être affecté, l'intérêt de la profession est concerné par la solution du litige (30). C'est dans ces conditions que fut reçue une intervention syndicale ayant pour seul objet de faire échec à une jurisprudence aux conséquences jugées dangereuses pour la profession tout entière, c'est-à-dire qui contient le risque de porter atteinte à son intérêt (31).

— Soit le membre du syndicat reste *passif*. Naturellement, la voie de l'action directe demeure ouverte au groupement s'il invoque un préjudice propre à la profession. Mais il lui est interdit de se substituer à son adhérent. La jurisprudence exerce, dans ce sens, un contrôle rigoureux (32) car la solution inverse résulterait, comme on l'a avec raison remarqué, d'une « confusion du collectif et de l'individuel » (33). On mesure ainsi la volonté du droit positif de préserver

(29) Conseil d'Etat, 5 déc. 1947, Rec. p. 456, 9 nov. 1954, *Droit ouvrier*, 1954, p. 296 ; Cass. Soc., 8 oct. 1953, Bull. Civ., IV^e partie, 450, Cass. Crim., 9 fév. 1954, D. 1954, p. 679 ; sur l'irrecevabilité d'une action syndicale dans une instance engagée par un vétérinaire diffamé en cette qualité ; Cass. crim., 9 oct. 1956, Bull. n° 615.II.01 ; Paris, 12 fév. 1958, *Droit Soc.* 527, note BRETHE DE LA GRESSAYE, sur l'irrecevabilité d'une action syndicale à l'occasion d'une instance engagée par la victime d'un accident du travail dû pourtant au non respect des dispositions de sécurité. Voir également : Lyon, 18 mars 1931, D.H. 1931.267 ; Paris, 12 mars 1931, *Gaz. Pal.* 1931, p. 790.

(30) Une distinction doit être cependant opérée d'avec l'intervention de l'art. 31-I, al. 2, Livre premier du Code du Travail (loi du 11 fév. 1950) qui ne vise que l'intérêt collectif des membres et non pas de la profession.

(31) VIZIOZ, obs. R.T.D. Civ. 1945, p. 290 ; *adde*, 2 décisions significatives : Besançon, 14 nov. 1900, D. 1903.II, p. 82 ; Toulouse, 4 janv. 1954, D. 1954, p. 110.

(32) Cass., 12 mars 1969, Bull. Cass. 1969.V, p. 149.

(33) COULOMBEL, *op. cit.*, p. 153.

la libre initiative du syndiqué dans l'exercice de son droit d'agir, indépendamment de son appartenance au groupement de défense collective.

203. — Ce principe connaît cependant, dit-on, une importante exception : le syndicat pourra, en vertu des dispositions de l'article L. 135-4 du Code du travail (34), se substituer à son adhérent afin de faire respecter les termes d'une convention collective, et cela *proprio motu* spontanément.

Peut-on parler dès lors de concours des actions individuelles et syndicales ? Et ce faisant, doit-on conclure à l'annexion par la personne morale du syndicat du pouvoir individuel d'ester en justice ? L'examen des règles gouvernant l'application de ce texte interdit de le penser.

L'initiative syndicale limitée dans son domaine, — les tribunaux veillent à ce que soit justifié que le litige naît de l'application d'une convention collective (35) — ne peut valablement se réaliser que sous la réunion de deux conditions :

- d'une part, l'inactivité délibérée de l'intéressé. Cette première exigence met en lumière le caractère exclusif de l'action individuelle du syndiqué qui reste de la sorte maître de son droit ;
- d'autre part, et de façon complémentaire, l'obligation pour le groupement d'obtenir pour ce faire l'accord, fût-il tacite (36), de son adhérent en l'informant de sa décision.

A défaut, l'action engagée serait vouée à l'échec (37). L'action appartient donc toujours au membre du syndicat (38) lequel *ne fait que l'exercer mais n'en devient pas le véritable titulaire*.

Les solutions retenues, quant à son régime, sont à cet égard particulièrement significatives : de façon négative tout d'abord : dès lors que l'instance sera engagée, l'intéressé perdra la faculté d'agir à son tour. On lui opposera l'exception de litispendance. De même, la décision rendue, il sera soumis aux effets de la chose jugée ; mais inversement, et de façon positive cette fois, il sera toujours habilité à se prévaloir de la décision rendue (39), et pourra en relever appel si, contrairement au syndicat, il le juge opportun.

Il ne s'agit donc pas d'une action véritablement syndicale mais de l'action individuelle du syndiqué, mis en œuvre en son nom par

(34) Dans le même sens encore : Art. L. 721-19 du Code du Travail pour la protection des travailleurs à domicile.

(35) Cass., 12 mars 1969, Bull. Cass. 1969.V, p. 149.

(36) Cass. Soc., 29 avril 1960, Bull. IV, n° 434, p. 334, qui estime que le silence gardé par l'intéressé, après avoir été averti, doit être considéré comme un accord.

(37) Cass. Soc., 2 mars 1960, Bull. Cass. IV, n° 247, p. 195.

(38) CAMERLYNCK et LYON-CAEN, Précis Dalloz, *Droit du travail*, 1965, n° 511, 574, p. 449.

(39) Cass. Soc., 17 avril 1963, Bull., p. 215, n° 292.

le groupement; et cela par exception au principe traditionnel suivant lequel « nul en France ne plaide par procureur ». C'est pourquoi, il ne semble pas possible de parler de concours parfait de l'action individuelle et de l'action collective qui implique, dans une certaine mesure, une identité de l'objet de l'une et de l'autre. Ici, il n'en est rien. Tantôt action collective et action individuelle répondent à des impératifs différents, tantôt il n'y a que l'action individuelle exercée pour le syndiqué par le syndicat.

Il faut donc en conclure que le collectif ne s'impose pas à l'individuel et ne l'absorbe pas. Il reste cependant que si l'on s'interroge sur le fondement de cette exception légale à la règle « nul en France ne plaide par procureur » on doit le trouver dans le fait que dans certains cas, l'intérêt individuel renferme l'intérêt collectif *l'un et l'autre ne s'excluent pas mais se rejoignent*.

Néanmoins, il peut arriver que le pouvoir d'ester en justice, reconnu au groupement, emporte en corollaire la disparition de celui de ses membres, cela parce que *l'intérêt collectif s'appuie sur le même support que l'intérêt individuel* : le droit subjectif aménagé par la collectivité; se pose alors le problème du départ entre l'un et l'autre.

CHAPITRE II

Les interférences entre intérêt individuel et intérêt collectif.

Les oppositions entre action individuelle et action collective.

204. — Dès lors qu'intérêt individuel et intérêt collectif prennent leur source dans un même droit, il sera malaisé d'établir une ligne de démarcation entre l'un et l'autre. Si la personne morale du groupement n'absorbe pas tous les intérêts et droits de ses membres, elle en annexe cependant certains; il s'agit alors de déterminer lesquels feront l'objet de cette emprise.

En réalité, ici encore, le degré d'individualisme que renferme le droit subjectif, dont la jouissance et l'exercice se réalisent dans l'ordre collectif, et l'intensité du caractère communautaire de ce dernier — intensité qui est commandée par la finalité de la personnalité morale — seront les deux facteurs qui gouverneront l'étendue du pouvoir d'agir de la personne morale et de ses membres.

Cela est si vrai qu'en dépit de la tendance générale au renforcement du pouvoir collectif, les règles positives varieront selon que l'on se trouvera en présence de tel ou tel autre groupement; la vigueur de l'individualisme essentiel à certains droits, faisant obstacle au développement du pouvoir interne de la personne morale. En effet : — tantôt, l'examen des solutions législatives et jurisprudentielles révèle le souci de respecter un certain *équilibre* entre pouvoir individuel et pouvoir collectif;

— tantôt, en revanche, la personnalité morale du groupement *annexe dans sa presque totalité la faculté d'ester en justice de ses adhérents.*

La situation du copropriétaire offre, de la première hypothèse, un bon exemple (Section I), de la même façon que celle des créanciers intégrés à la masse des procédures de concours illustre la seconde (Section II).

Il convient de souligner toutefois que, quel que soit le degré d'abdication par le membre d'un groupement de son droit d'agir au profit du groupement lui-même, cette abdication n'est jamais absolue.

L'adhérent conserve toujours dans une mesure variable, il est vrai, une libre initiative individuelle; or l'étendue de son champ d'action sera définie par rapport à une notion originale qui procède par nature de la reconnaissance préalable d'un ordre collectif : la notion d'intérêt particulier (ou intérêt distinct, intérêt personnel). Il importera alors d'en dessiner les contours et d'en préciser le contenu (Section III).

SECTION I

LA RECHERCHE D'UN EQUILIBRE ENTRE POUVOIR INDIVIDUEL ET POUVOIR COLLECTIF.

LES ACTIONS INDIVIDUELLES ET COLLECTIVES DANS LE SYNDICAT DES COPROPRIETAIRES

205. — Quelles sont les actions dont dispose le copropriétaire pour sauvegarder le droit dont il est titulaire ? La question a toujours suscité l'intérêt (1), car elle cristallise les oppositions existant entre l'individualisme naturel et essentiel du droit aménagé et les nécessités de l'organisation collective.

Est-il besoin de rappeler que l'absolutisme du droit de propriété traditionnel se manifeste notamment par une multitude d'actions dont le titulaire a la libre initiative, tendant à la fois à protéger le droit lui-même et la chose qui en est l'objet.

Mais le respect de ce principe déboucherait inévitablement au sein d'une copropriété : soit sur l'insuffisance des mécanismes collectifs à assurer la défense de la chose commune, car il demeurerait

(1) CABANAC, *Copropriété et action en justice*, A.J.P.I. 1960.I, p. 61. — DURIN, *L'action individuelle du copropriétaire d'un immeuble divisé par appartements*, D. 1962, chron. p. 229. — BRUN, *Les orientations de la jurisprudence en matière de copropriété des immeubles bâtis*, A.J.P.I. 1971.732, sp. D. 737. — CHALARON, *Les actions en justice intentées par le syndicat des copropriétaires*, D. 67, p. 113. — FAURE, *L'action en justice dans le domaine de la copropriété immobilière*, Thèse Lyon, dactylographiée, 1963.

tributaire du bon vouloir individuel; soit à une espèce « d'anarchie » judiciaire tout aussi condamnable.

Il s'agit donc de répartir entre la collectivité et ses membres le pouvoir d'agir, de façon que soit respecté le caractère individuel du droit et les impératifs collectifs.

Indirectement, c'est le problème de la nature du droit du syndicat et du copropriétaire qui se trouve être évoqué.

Et cela est si vrai qu'une des voies possibles pour trouver une solution satisfaisante sera de prendre pour point de départ, la qualité du droit de ce dernier (2). Cependant, nous ne l'adopterons pas, préférant adopter la démarche inverse c'est notamment à partir des actions reconnues au copropriétaire que l'on peut tenter de déterminer la nature de son droit (3).

Il importe toutefois de rappeler que nous n'envisageons pas ici toutes les actions que peut exercer le membre du syndicat, mais que nous nous limitons à celles-là seules qui peuvent interférer avec le droit d'agir reconnu à la personne morale. Aussi, nous n'examinerons pas les actions qui pourraient être engagées à l'encontre de celle-ci, mais uniquement celles que l'on pourra déterminer par référence au droit de propriété individuelle classique.

206. — L'exercice des actions en justice est-il exclusivement réservé au syndicat ou aux copropriétaires dans un domaine qui leur serait propre ? ou, au contraire, est-il partagé concurremment par l'un et l'autre ? C'est, à vrai dire, se demander dans quelle mesure la personnalité du syndicat absorbe ou laisse survivre le droit d'agir individuellement de chacun des membres.

On le conçoit, la réponse à cette question présente un double intérêt : pratique, car d'elle dépend la recevabilité de toute demande; théorique ensuite car au-delà de la question qu'elle satisfait immédiatement, elle touche plus généralement au principe gouvernant la situation individuelle des membres d'un groupement.

En réalité, elle est fonction tout à la fois de la *nature*, de l'*objet* et des *modalités* d'exercice de l'action envisagée. La loi du 28 juin 1938 (4) par son insuffisance et son imprécision ne donnait pas à ce sujet de réponse pleinement satisfaisante.

C'est en combinant les dispositions de son article 7, alinéa 2, et de son article 9, alinéa 3, qu'une jurisprudence distributive avait pu s'élaborer.

Des termes du premier de ces textes se dégagait, en effet, le principe de la qualité pour agir du syndicat « le syndic, agent officiel

(2) GIVORD et GIVERDON, *La copropriété*.

(3) *Infra*.

(4) CHEVALLIER, *op. cit.*, D. 1939.IV, p. 71.

du syndicat est chargé de le représenter en justice, tant en demandant qu'en défendant, même au besoin contre certains copropriétaires ».

Le second, quant à lui, fixant la fonction du syndicat, délimitait dans le même temps le champ de ses pouvoirs « aux mesures d'application collective concernant exclusivement la jouissance et l'administration des parties communes ».

Dès lors, la capacité judiciaire des syndicats fut appréciée à partir de ce principe : ne lui étaient réservées que les actions destinées à assurer la sauvegarde et l'administration des seules parties communes. Elle reposait donc sur deux critères : juridique d'une part (la qualité de l'action entreprise), matérielle d'autre part (l'objet de cette action) (5).

Par *a contrario*, on en déduisait que le copropriétaire conservait seul le pouvoir d'engager des actions tendant à défendre sa propriété divise et indivise (6). Quand bien même, le litige n'aurait-il intéressé que des parties communes s'il mettait en cause directement ou indirectement leur propriété, le syndicat était exclu de l'instance (7).

C'est donc par rapport à la qualité et au contenu strictement juridique du droit du copropriétaire que les tribunaux ventilaient leurs décisions; fidèles à l'analyse classique et dualiste de ce droit, suivant laquelle, à côté de la propriété exclusive sur les parties privatives, trouvait place une copropriété — indivise et forcée — sur les parties communes. *De la sorte, la jurisprudence affirmait la primauté de l'individuel sur le collectif.*

La loi du 10 juillet 1965 a sensiblement modifié les données sans pour cela formuler de règles claires.

Son article 15 dispose en effet : « le syndicat a qualité pour agir en justice, tant en demandant qu'en défendant, même contre certains copropriétaires. Il peut, notamment, agir conjointement ou non avec un ou plusieurs de ces derniers en vue de la sauvegarder des droits afférents à l'immeuble. Tout copropriétaire peut néanmoins exercer seul les actions concernant la propriété ou la jouissance de son lot, à charge d'en informer le syndic ».

On a, à maintes reprises déjà, signalé l'incertitude qui planait sur l'interprétation à donner à ce texte (8), et cela parce qu'il n'est pas dépourvu de contradictions internes.

(5) CABANAC et MICHALOPOULOS, *L'exercice des actions en justice sous le régime de la copropriété*, Gaz. Pal. 1965.I, Doctr. p. 119. — CABANAC, A.J.P.I. 1964.2.39 ; *adde*, *La jurisprudence*, Cass. civ., 28 avril 1950, D. 1950.451 ; Cass. civ., 2 octobre 1961, A.J.P.I. 1962.2.3.328.

(6) FAURE, thèse précitée, pp. 28 à 63.

(7) *Pour une action possessoire*, Civ. 27 mai 1961, A.J.P.I. 1962, p. 100.

(8) GIVORD et GIVERDON, *Traité de la copropriété*, pp. 386 et 387.

Il n'est pas douteux que le syndicat voit son pouvoir d'agir singulièrement étendu, et cependant son objet, tel qu'il est défini par l'article 14, alinéa 2, de la loi, est demeuré inchangé, puisque sa mission reste la conservation et l'administration des parties communes. Bien que l'on puisse y voir une manifestation de la disqualification des actes de disposition en actes d'administration (9), il semble que l'article 15 soit pourtant porteur de l'idée de propriété du syndicat (10), alors que l'article 2, alinéa 2, affirme, quant à lui, la propriété individuelle.

La difficulté tient au fait que pour fixer le domaine des actions individuelles et collectives, la loi combine deux critères de nature différente.

Car si le syndicat sera en droit d'agir pour la sauvegarde des droits *afférents à l'immeuble : notion matérielle* et qui recouvre les parties privatives et les parties communes, le copropriétaire demeure, quant à lui, habilité à exercer celles concernant *son lot, notion proprement juridique*, qui implique des droits et sur les parties privatives et sur les parties communes.

On peut donc constater qu'en étendant le domaine de l'action du syndicat (Sous-Section I), la loi a posé en des termes nouveaux, et sans le résoudre expressément, le problème de la qualité de son pouvoir; est-il exclusif ou concurrent du pouvoir individuel? (Sous-Section II.)

Sous-Section I

L'ETENDUE DU DOMAINE DE L'ACTION SYNDICALE

207. — Sous l'empire de la loi du 28 juin 1938, *le syndicat ne s'était vu reconnaître la qualité pour agir que dans le cadre strict de son objet*. On admettait qu'il était de son pouvoir normal de prendre toutes mesures judiciaires utiles à l'administration de l'immeuble. Les actions en recouvrement de charges d'un copropriétaire défaillant, celles dirigées à l'encontre du personnel et des entreprises participant à l'entretien de l'habitation commune, entraient dans ces prérogatives.

De la même façon, c'est logiquement que la jurisprudence considérait le syndicat comme seul gardien du règlement de copropriété. De la sorte, il était habilité à engager toute instance contre un copro-

(9) René VERDOT, *De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes d'administration et de disposition*, R.T.D. Civ. 1968.449.

(10) GIVORD et GIVERDON, *op. cit.*, n° 550, p. 386. — SIZAIRE, J.C.P. 1969.I.2252.

priétaire ayant entrepris, sans autorisation, des travaux sur les parties communes (11).

De même, il était en droit de faire cesser un trouble provenant d'une infraction à une disposition du règlement de copropriété, dans la jouissance et l'usage d'une partie privative (12). Bien que quelques auteurs aient pu soutenir le contraire, en ne contestant pas la qualité même du syndicat, mais en estimant qu'il n'était pas du pouvoir réglementaire d'organiser l'utilisation des parties privatives (13), la solution ne souffrait guère de discussion; elle s'appuyait sur deux séries d'arguments : D'une part, ces actions s'inscrivaient avec certitude dans la catégorie des mesures conservatoires de simple administration auxquelles faisaient référence les dispositions de l'article 9, alinéa 3, de la loi de 1938 en fixant les pouvoirs du syndicat. D'autre part, aux termes de l'article 10 de cette même loi, le syndic avait pour mission de faire respecter par chaque copropriétaire ses obligations y compris celles qui sont imposées par le règlement de copropriété.

Cependant, l'exercice du « pouvoir judiciaire » du syndicat demeurerait limité à ces seules hypothèses. Dans toutes les autres situations, le copropriétaire seul pouvait agir suivant un principe qui, pour traduire fidèlement la nature juridique du droit de chacun, n'en soulevait pas moins, au moment de sa mise en œuvre, de considérables difficultés pratiques.

C'est afin de les surmonter que fut adopté l'article 15 de la loi, puisque désormais le syndicat devient gardien des droits « afférents à l'immeuble ». On doit admettre qu'à côté des actions qui lui étaient, jusque-là dévolues et dont il reste certainement titulaire (14), *prennent place des actions exclusivement réservées auparavant aux copropriétaires.*

§ 1. — Les actions en garantie des vices cachés et en responsabilité des architectes et entrepreneurs.

208. — Il en va ainsi, tout d'abord des actions en garantie des vices cachés et, plus fréquentes encore, des actions spéciales en responsabilité des architectes et entrepreneurs.

(11) Paris, 24 mars 1961, A.J.P.I. 1961.2.101; Aix, 15 mai 1961, *Annales des loyers*, 1963, p. 448, n° 108, Civ., 3 mars 1953, D. 1953, p. 320; Grenoble, 11 janvier 1951, D. 1951, som., p. 41.

(12) Montpellier, 19 octobre 1962, A.J.P.I. 1963.2.427; *adde* dans ce sens : FAURE, thèse précitée, p. 159.

(13) STOUFFLET, note J.C.P. 1962.II.12586 sous Cass. civ., 9 janvier 1962.

(14) Cf. art. 18 de la loi du 10 juillet 1965 pour le respect du règlement de copropriété et art. 8, alinéa 2, de cette même loi en ce qui concerne les conditions de la jouissance des parties privatives.

Sous le régime précédent, la jurisprudence avait manifesté à leur égard beaucoup d'hésitations. Sans doute, admettait-elle que le préjudice, affectant les seules parties privatives, permettait aux copropriétaires uniquement d'en demander réparation. C'est dans ce sens que s'était prononcé notamment le Tribunal de Grenoble déclarant que « pour ce qui est des parties privatives, il appartient à chacun des copropriétaires d'agir pour son compte » (15).

Mais sa position était moins nette lorsque le dommage affectait les parties communes.

La plus grande confusion régnait, semble-t-il, en cet endroit, à tel point que l'on a pu écrire, relevant la diversité des décisions « qu'elles représentaient toutes les nuances de l'arc-en-ciel... » (16). Elles s'orientaient, toutefois, dans deux directions principales.

Certaines d'entre elles avaient déclaré recevable l'action syndicale au motif « que l'action tendant à faire réparer par un tiers les dégâts causés aux choses communes ne touche pas au droit de propriété des copropriétaires, mais constitue des actes d'administration rentrant dans les pouvoirs du syndicat » (17).

Ces solutions, guidées par le souci de répondre aux exigences d'une sauvegarde efficace de l'immeuble, n'en étaient pas moins condamnables au regard des principes en vigueur. C'est pourquoi la plus grande partie de la jurisprudence et de la doctrine adoptait le raisonnement inverse (18), dont la démarche simple avait le mérite d'être, quant à elle, conforme à ces mêmes principes et aux dispositions gouvernant la copropriété.

On estimait, en effet, avec raison que les actions en responsabilité décennale n'appartenaient qu'aux propriétaires. Or, il était interdit au syndicat de les exercer puisqu'il n'avait pas la propriété des parties communes. Dans ces conditions, le copropriétaire uniquement pouvait engager ou soutenir l'instance (19). « Attendu, avait affirmé la cour d'appel de Lyon, qu'une telle action intéresse *le propriétaire propre de chaque copropriétaire* et qu'en conséquence elle ne saurait être exercée d'une manière collective au nom du syndicat des

(15) T.G.I. de Grenoble, 30 mars 1960, A.J.P.I. 1960.II.751.

(16) J.-P. SORTAIS, *Cours de doctorat*, 1969, Université de Nice, p. 186.

(17) Grenoble, 11 janv. 1961, A.J.P.I. 1961.2.550 ; Dans le même sens implicitement : Cass. civ., 23 mai 1966, A.J.P.I. 1967.2, n° 19, p. 121 ; plus récemment : Cass. civ., 13 nov. 1967, Bull. civ. 67.I., n° 328, p. 247 ; Cass. civ., 12 nov. 1968, Bull. civ. 68.3, n° 81, p. 372. Mais, bien que rendues sous l'empire de la loi de 1938, on peut estimer que ces dernières solutions ont été inspirées par la loi du 10 juillet 1965.

(18) CABANAC, *L'action en responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs sous le régime de la copropriété*, A.J.P.I. 1964.I.320. — FAURE, thèse précitée, p. 53 et s.

(19) Tribunal de Grande Instance de Lyon, 28 octobre 1959, A.J.P.I. 1962.133 ; Civ. 15 mai 1958.2.114 ; Aix, 26 avril 1960, A.J.P.I. 1961.I.61 ; 29 mars 1962, A.J.P.I. 1962.I.740.

copropriétaires, cet organisme n'ayant pas été partie aux divers contrats de vente et n'étant pas devenu propriétaire des parties communes, ne pouvant prendre que les mesures d'application collectives concernant exclusivement la jouissance et l'administration des parties communes, ce qui exclut toute action tendant à une réduction du prix d'acquisition payé individuellement par chaque copropriétaire, ou à la réparation d'un préjudice qui leur serait personnel » (20).

Le copropriétaire se trouvait donc dans une condition juridique en bien des points semblable à celle du propriétaire. Mais sa condition de fait, est-il nécessaire de le dire, s'en distinguait notablement. Il y avait hiatus entre la réalité des choses et son expression juridique, qui se traduisait par des difficultés diverses spécialement en ce qui concerne les modalités de mise en œuvre de l'action. Le syndicat était dépourvu de la qualité pour ester en justice, fût-il investi pour ce faire par l'unanimité des copropriétaires (21).

209. — Désireuse d'ajuster le droit aux exigences pratiques, d'autant plus impérieuses que les copropriétés deviennent plus vastes, la loi du 10 juillet 1965 a désavoué cette jurisprudence.

Harmonisant, dans une perspective réaliste, les moyens juridiques aux besoins, le nouveau régime autorise désormais le syndicat à rechercher en responsabilité entrepreneurs et architectes, et à solliciter la garantie du vendeur (22). Cependant, toutes les difficultés n'ont pas été effacées, l'article 15 ayant en la matière suscité des interprétations diverses.

On a proposé, en effet, de donner de ce texte une interprétation restrictive, en soumettant l'action syndicale à la condition « que l'immeuble ait été vendu globalement par un même propriétaire » faute de quoi, l'action en garantie « serait relative aux lots et donc hors de la compétence du syndicat » (23).

Dans ces conditions, l'immeuble ayant été vendu par lots séparés, l'action ressort à la compétence exclusive du copropriétaire, car il acquiert son droit d'agir du contrat de vente.

La Cour de cassation a eu à connaître de cette analyse dont l'un des objectifs était, en conférant au pouvoir individuel un domaine d'action assez large, *de concilier les notions de lot et d'immeuble*. Mais elle ne s'y est pas ralliée. Dans un arrêt rendu le 21 novembre 1969 (24), elle a délibérément opté pour une conception extensive

(20) Lyon, 30 décembre 1954, *Dictionnaire pratique de la copropriété*, p. 113.

(21) Tribunal de Grande Instance de Nice, 15 octobre 1962, D. 1963, p. 408.

(22) Article 56 du décret du 17 mars 1967. Dans le même sens : Cass. Civ., 29 novembre 1968, Bull. Cass. 1968.3.372, Lyon, 8 juin 1971, J.C.P. 1973.314. — CIVORD et GIVERDON, *Traité de la copropriété*, p. 389, n° 531. — ESMEIN, *Gaz. Pal.* 1965, *Doct.*, p. 38, n° 40.

(23) CHALARON, *op. cit.*, p. 117.

(24) Cass. Civ., 21 novembre 1969, J.C.P. 1970.II.16139, note GUILLOT.

du droit reconnu au syndicat. Cette décision mérite l'attention : « c'est à bon droit que l'arrêt avait reconnu au syndicat qualité pour exercer, contre le vendeur de lots aux divers copropriétaires, l'action en garantie des vices cachés ». Ce faisant, la Cour a inscrit sa jurisprudence dans la ligne tracée par le législateur, et consacre les interprétations données par la plus grande partie des auteurs (25).

L'intérêt de la solution réside dans le fait qu'implicitement on estime que l'action en garantie ne trouve plus dès lors son fondement dans un contrat, mais dans « l'état de copropriété » (26).

Autrement dit, c'est la nécessité d'assurer la « maintenance » de l'immeuble (27) qui est source de pouvoir et non pas le mode juridique de l'appropriation de l'immeuble. Cette conclusion est chargée d'enseignements, car il s'ensuit que le droit du copropriétaire se détache à cet égard de façon sensible de son droit de référence, le droit de propriété. La même remarque peut être formulée lorsque l'on porte l'attention sur les autres actions que peut désormais exercer le groupement syndical.

§ 2. — Les actions pétitoires et possessoires.

210. — Dans le cadre d'une conception strictement juridique, on admettait, sous le régime antérieur à la loi du 10 juillet 1965, que les actions pétitoires comme les actions possessoires, en tant qu'elles constituaient le prolongement d'un droit de propriété divise et indivise, échappaient au pouvoir collectif (28).

— S'agissant des actions pétitoires, cette solution n'avait pas donné lieu à controverse. Les juridictions du fond, comme la Cour de cassation, avaient très tôt affirmé que le copropriétaire individuellement pouvait recourir à l'action en revendication ou y défendre (29) peu importait que l'action fût dirigée contre un tiers ou qu'elle ait pour objet de bien fixer l'étendue des droits de chacun des copropriétaires (30) et que soient privatives ou communes les parties en cause.

— S'agissant des actions possessoires en revanche, c'est avec plus d'incertitude que s'était dégagé le principe. Certains tribunaux

(25) GIVORD et GIVERDON, *Traité*, n° 530, p. 386. — CABANAC, A.J.P.I. 1967.2.171.

(26) Jean-Pierre SORTAIS, *Cours de doctorat*, précité, p. 191.

(27) Cf. LOMBOIS, *Commentaires de la loi du 10 juillet 1965*, D. 1966.IV, pp. 93 et 425, sp. 436, n° 166.

(28) Pour ce qui concerne les actions possessoires dirigées contre un copropriétaire pour violation du règlement de copropriété, elles sont interdites dans la mesure où les actions dirigées contre un copropriétaire trouvent leur fondement dans ce règlement de copropriété.

(29) Cass. Civ., 20 juillet 1925, D.H. 1925, p. 649 ; Tribunal civil de Lyon, 1956. Dictionnaire pratique de la copropriété, p. 12 ; Aix, 4 mai 1961, D. 1961, p. 742, note ESMEIN.

(30) Angers, 16 juin 1943, J.C.P. 1943.2.2392, note BECQUÉ.

avaient pu considérer qu'elles entraient dans la fonction d'administration du syndicat (31) si l'atteinte affectait les parties communes.

C'était méconnaître la qualité d'acte de disposition de ces actions, et l'obligation pour les exercer de se prévaloir de l'*animus domini*, ce que le fait de ne pas être propriétaire interdisait au syndicat.

Cependant, à ce dernier argument, un auteur avait apporté une critique intéressante « sans doute, écrit-il, chacun des propriétaires groupés dans le syndicat, quand il exerce sur les parties communes des actes de possession, ne les exerce pas en sa qualité de propriétaire privatif, mais en qualité de copropriétaire des parties communes. Or, en cette qualité, il fait partie d'un syndicat qui ne peut agir que par un syndic » (32).

Il s'ensuit que refuser les actions possessoires au syndicat, procéderait d'une confusion entre le droit qui fonde l'action et la qualité pour agir. Pour élégante que soit cette démonstration, elle n'a pas emporté la conviction des juridictions dont la plupart attribuait l'exercice des actions possessoires aux copropriétaires seulement (33).

Là encore le nouveau texte a profondément modifié le régime précédent. Il n'est pas douteux que l'expression « droit afférent à l'immeuble » ouvre désormais la possibilité pour le syndicat d'agir au pétitoire comme au possessoire (34).

On mesure dès lors l'accroissement de l'étendue du pouvoir collectif. S'est-il accompagné de celui de son intensité ?

Sous-Section II

LA QUALITE DU POUVOIR SYNDICAL

211. — La loi de 1965 a-t-elle opéré au bénéfice du syndicat un transfert partiel ou total des actions du copropriétaire ? Ou a-t-elle seulement aménagé la concurrence des deux pouvoirs ? La question est d'importance car de sa réponse dépend la nature même de la copropriété.

A vrai dire, c'est à partir de la notion d'intérêt pour agir que l'on doit se placer pour entreprendre de la rechercher.

Dès avant 1965, la difficulté était apparue en jurisprudence relativement aux actions engagées par le syndicat à l'encontre d'un copro-

(31) Trib. civ. de St-Etienne, 23 mai 1958, A.J.P.I. 1960.2, p. 29.

(32) BREDIN, R.T.D. Civ. 1966, p. 109.

(33) Civ., 3 juillet 1962, D. 1962.568 ; Paris, 3 juin 1965, G.P. 1965.2.332, R.T.D. Civ. 1966.108.

(34) LOMBOIS, *op. cit.*, n° 75. — GIVORD et GIVERDON, *Traité de la copropriété*, n° 533 et 534.

priétaire pour que soit respectée la jouissance des parties communes et les dispositions du règlement de copropriété. Était-elle exclusive de toute action individuelle d'un autre copropriétaire ?

La plus grande incertitude régnait en ce domaine. Cependant, par un arrêt de principe en date du 9 janvier 1962, la Cour de cassation avait estimé « que l'un des propriétaires est en droit de poursuivre individuellement la réparation du dommage *personnel* qui lui est causé par un autre copropriétaire » (35).

Le principe de la recevabilité de l'action individuelle était donc posé, mais sa mise en œuvre était conditionnée par l'existence d'un intérêt personnel. Or, cette notion, imprécise dans son contenu, était susceptible de recevoir deux interprétations différentes :

— L'une extensive : l'intérêt personnel découlerait de l'atteinte portée *au lot* de chacun des copropriétaires. Il est clair que dans cette première conception, dans la quasi-unanimité des cas, le copropriétaire pouvait agir directement contre l'auteur du trouble, « chacun des copropriétaires, déclare la Cour de Paris, est intéressé par le respect des servitudes établies et a un intérêt personnel et direct à le faire respecter. De plus, le droit d'agir en justice qui a pu être accordé aux syndicats n'est pas exclusif des droits qui appartiennent à chaque membre de la copropriété, de poursuivre individuellement la réparation du dommage par lui subi » (36). Mais on arrivait par là à vider de son contenu la distinction proposée par la haute juridiction.

— C'est pour cette raison qu'elle donnait, dans le désir de préciser le principe par elle formulée, une définition plus *étroite* de l'intérêt personnel, moins juridique que matérielle, en ne recevant l'action individuelle qu'autant que le préjudice affecterait les seules parties privatives (37).

Satisfaisante du point de vue pratique, cette solution ne l'était pas pleinement compte tenu des textes en vigueur à l'époque. En effet, *le copropriétaire étant titulaire d'un droit réel, devait être en mesure de faire respecter ce droit contre quiconque, fût-ce contre un autre copropriétaire*. Porter atteinte aux parties communes c'était altérer le droit de chacun dans son élément indivis.

Peut-être consciente de ce fait, la Cour de cassation *statuant en application du droit antérieur*, avait reçu l'action d'un copropriétaire destinée à faire remettre en l'état le gros œuvre et la façade d'un

(35) Cass. Civ., 9 janvier 1962, D. 1962, p. 219, note ESMEIN, J.C.P. 1962.II. 12.586. — STOUFFLET, note précitée. Dans le même sens : Civ. 20 déc. 1962, A.J.P.I. 1963.2.430, Tribunal de Grande Instance de Caen, 24 mai 1965, Gaz. Pal. 1965.2.270.

(36) Paris, 28 fév. 1962, D. 1962.I.452, note MAZEAUD ; Lyon, 18 déc. 1963, A.J.P.I. 1965.2.966, note CABANAC ; Tribunal d'Instance de Grenoble, 18 juin 1963, A.J.P.I. 1964.2.666, note CABANAC.

(37) Cass. Civ., 12 oct. 1965, D. 1966.I.225, note PIÉDELIEVRE, A.J.P.I. 1966.810, observations CABANAC.

immeuble modifiés par un autre, motif pris de ce que « semblable atteinte à la propriété commune était de nature à causer des troubles à la fois collectifs et personnels » (38).

212. — Mais, bien que le caractère collectif du syndicat des copropriétaires ait été accusé par la loi de 1965, il est remarquable que la haute juridiction ait maintenu cette définition en l'état des textes nouveaux (39). Doit-on en conclure qu'elle a délibérément élargi la notion d'intérêt personnel et admettre que toute atteinte portée aux parties communes de l'immeuble constitue, par elle-même, *systématiquement* une atteinte affectant les intérêts privatifs des copropriétaires ?

On répondra par l'affirmative si l'on adopte une conception marquée par les données individualistes traditionnellement attachées au droit du copropriétaire. On considère alors que, bien qu'élargissant le pouvoir syndical, la loi n'a pas, ou peu, pour autant, affecté le droit dont il disposait auparavant. Il demeure toujours isolément gardien de son lot (40).

On en induit que le nouveau régime aboutit à créer une zone d'interférence entre action syndicale et action individuelle qui seraient, l'une et l'autre, des actions « mixtes ». Sans doute, une telle analyse est-elle puissamment protectrice du droit de chacun des membres. Mais dans le même temps, elle s'éloigne de l'esprit qui a dominé la réforme de la copropriété.

L'anomalie qui en naît, est que l'on recourt à une technique juridique classique pour assurer la défense des droits individuels au sein d'un ordre collectif qui répond, quant à lui, à des normes profondément nouvelles. Cette doctrine est donc construite sur un hiatus puisqu'elle entretient le maintien de l'individualisme classique pour répondre à la pression accrue de la réalité communautaire. Mieux vaut, semble-t-il, accueillir cette réalité et chercher dans des voies originales la façon d'y assurer la sauvegarde des droits individuels.

Il nous semble alors plus conforme à l'esprit de la loi de se placer dans une perspective communautaire en autorisant le copropriétaire à n'agir que dans deux séries d'hypothèses : celle, tout d'abord, où une atteinte serait portée directement ou indirectement aux parties privatives de son lot ; celle, ensuite, où l'atteinte, pour affecter les parties communes, lui créerait une gêne anormale, liée à l'utilisation de son appartement.

C'est dire qu'il convient de donner à l'intérêt personnel un contenu davantage *réel* que *formel*. L'examen de la jurisprudence révèle

(38) Cass. Civ., 23 mars 1968, cité par BOUYEURE, A.J.P.I. 1970, p. 96, n° 7 ; Bull. Civ. II, n° 132, p. 195.

(39) Civ. 3°, 18 déc. 1973, D. 1974.IR.69, J.C.P. 1974.II.17682 ; Civ. 3°, 9 janv. 1972, J.C.P. 1973.II.17358, note GUILLOT ; Civ. 3°, 21 nov. 1973, D. 1974.251, note F.E.

(40) Article 15, alinéa 2, loi du 10 juillet 1965.

que c'est dans cette direction qu'elle paraît s'orienter. Ce que nous entreprendrons de démontrer en envisageant : d'une part, l'inadéquation de la conception individualiste reposant sur *un critère formel de l'intérêt personnel*; d'autre part, l'adéquation d'une conception communautaire reposant sur *un critère réel de l'intérêt personnel*.

§ 1. — L'inadéquation des conceptions individualistes reposant sur un critère formel de l'intérêt personnel.

213. — a) Dans une optique parfaitement individualiste, tout d'abord, on a proposé de reconnaître aux copropriétaires, concurremment avec le syndicat, le droit d'exercer toutes les actions relatives à son lot; quelle qu'en soit la nature (41).

Reprenant l'analyse classique du droit du copropriétaire et en menant la logique interne jusqu'à sa dernière limite, un auteur considère qu'en toute hypothèse le membre du syndicat devra être déclaré recevable dans son instance, et cela d'autant plus qu'il y voit le moyen d'assurer l'indispensable défense des minorités (42). A l'appui de sa démonstration, l'auteur fait état de quelques décisions manifestant « la tendance de la jurisprudence la plus récente à admettre la recevabilité de l'action individuelle » (43).

A l'examen, pourtant les exemples par lui cités ne semblent pas devoir emporter la conviction. Car la recevabilité de l'action y est subordonnée à la *carence constatée du syndic*; « Considérant, déclare la cour d'appel de Paris, que le syndicat des copropriétaires et le syndic qui n'en est que l'agent d'exécution, ont le devoir d'assurer le respect des dispositions du règlement de copropriété, spécialement en ce qui concerne la jouissance et l'usage des parties communes, *qu'en cas d'inaction de leur part*; tout copropriétaire a qualité pour agir en justice contre le premier représenté par le second à l'effet de faire préciser la portée des dispositions du règlement ».

En d'autres termes, on se trouve, dans cette espèce, en présence d'une authentique action « *ut singuli* », c'est-à-dire de *caractère subsidiaire*, impliquant par hypothèse la primauté de l'action syndicale sur l'action individuelle et non pas une concurrence parfaite entre l'une et l'autre, cette dernière supposant au contraire que l'initiative d'agir soit indistinctement partagée.

Dès lors, on perçoit aisément le reproche que l'on peut formuler à l'encontre de cette doctrine.

(41) BRUN, *Orientation de la jurisprudence en matière de copropriété des immeubles bâtis*, A.J.P.I. 1971.I.722.

(42) BRUN, *op. cit.*, p. 727.

(43) BRUN, *ibidem*, Trib. de Gde instance de Paris, 19 avr. 1969, Gaz. Pal. 1969.I.325, note MORAND. Et confirmant ce jugement : C.A. Paris, 30 nov. 1970, Gaz. Pal., 23 avril 1971, note MORAND et GIRARD.

Indépendamment du fait qu'elle est contraire aux *tendances* « collectivistes » de la loi, — critique que subissent l'ensemble des analyses individualistes —, on doit considérer qu'elle est édifiée sur une confusion : celle de la personne morale avec l'état de groupement.

L'action *ut singuli* est une des mesures individuelles caractéristiques de ce dernier, mais elle ne trouve pas son origine dans la survie du droit individuel, tandis que la question posée est de savoir si la qualité pour agir de la personne morale du syndicat annexe les prérogatives du droit du copropriétaire ou les laisse subsister. C'est donc du seul point de vue de la personnalité morale interne qu'il convient de placer la controverse.

214. — b) Plus séduisante est l'interprétation proposée par une doctrine *partiellement* individualiste (44). Mises à part les actions relatives à la jouissance de l'immeuble, et au respect du règlement de copropriété qui, pour elles, doivent être réservées à la compétence exclusive du syndicat, les droits visés à l'article 15, alinéa 1^{er}, peuvent être regroupés en deux catégories : d'une part, ceux qui concernent l'immeuble dans son *entité matérielle* : ils sont sanctionnés par des actions destinées à en préserver l'intégrité réelle; d'autre part, ceux qui « intéressent l'immeuble dans son *entité juridique* » : ici, c'est moins l'objet du droit que le droit de propriété lui-même qui est protégé par cette action.

A partir de cette distinction, les tenants de cette doctrine estiment que si les premières entrent dans le seul pouvoir syndical, car elles participent de la « conservation » de l'immeuble, en revanche, les secondes seront *également* exercées par le groupement et ses membres.

Concrètement si le syndicat des copropriétaires détiendra seul le pouvoir d'agir en responsabilité contre les architectes et entrepreneurs, ou en garantie des vices cachés, au contraire, il le partagera pour les actions possessoires ou pétitoires.

Conforme dans une assez large mesure à la définition et au contenu juridique du lot, en vertu desquels, le copropriétaire étant titulaire d'une quote-part indivise, doit être en mesure de s'opposer isolément aux atteintes portées à l'étendue de son droit; cette analyse n'est pas restée sans influence.

C'est, en effet, ce raisonnement qu'a adopté la cour d'appel de Paris dans un arrêt rendu dans les circonstances suivantes : le demandeur avait introduit au pétitoire une instance tendant à faire juger qu'un appartement dépendant de l'immeuble dont il était copropriétaire, constituait une partie commune (il s'agissait d'une loge de concierge). Les défendeurs n'avaient pas manqué de soulever

(44) GIVORD et GIVERDON, *Traité*, p. 375 et s.

l'irrecevabilité de l'action ainsi engagée, appuyant leur moyen de défense sur les termes de l'article 15; en vain.

La Cour considère « que l'article 15 de la loi du 10 juillet 1965 paraît autoriser les copropriétaires à exercer *conjointement* avec le syndic les actions ayant pour objet la sauvegarde juridique de l'immeuble; que les copropriétaires ont la copropriété indivise des parties communes et ont donc qualité pour agir lorsque cette propriété est en cause; qu'il n'est, en effet, pas contesté que l'indivision peut agir en revendication contre un tiers pour faire consacrer son droit de copropriété sur un bien indivis » (45).

Hormis le fait qu'elle permet de concilier le sens des deux adverbess contradictoires : « conjointement » et « néanmoins » contenus dans l'article 15, cette solution essaie de combiner heureusement l'individualisme naturellement attaché à l'idée de propriété, qu'elle consacre largement, et les tendances communautaires de la loi. Mais c'est précisément à cet égard qu'elle encourt une double critique :

Sur le terrain de l'individualisme juridique, on comprend mal les restrictions du champ de concurrence à la seule défense juridique de l'immeuble. Les actions tendant à la sauvegarde matérielle, si elles concernent plus immédiatement la chose, n'en sont pas moins directement attachées à sa propriété.

Dès lors, dans la logique de l'analyse que nous venons d'évoquer, le copropriétaire devrait être autorisé à s'en prévaloir au même titre qu'il peut le faire pour la défense proprement juridique de l'immeuble.

Strictement défini, le lot emporte pour son titulaire, la faculté de défendre l'ensemble des droits qu'il renferme, ce qui suppose la possibilité d'engager des actions à l'encontre du vendeur ou du constructeur de l'immeuble.

Il est vrai, les actions qui contribuent à préserver l'intégrité matérielle et concrète de l'habitation commune peuvent plus aisément que les autres être rapprochées d'actes conservatoires. Mais c'est donner néanmoins à cette dernière notion un contenu bien large qui conduit à reposer le problème dans son ensemble.

Aussi, dans une perspective classique, la première objection qui peut être formulée à l'encontre de cette proposition doctrinale, est-elle de ne tirer que partiellement les conséquences du droit du copropriétaire.

— Sur le terrain du pouvoir syndical, la solution ne paraît pas également exempte de tout reproche, car quant au fondement des actions, s'il est aisé de justifier l'action individuelle des membres, en recourant à la nature du droit du copropriétaire, il devient plus

(45) Paris, 8 novembre 1969, D. 1970, p. 250, note GIVERDON (favorable).

délicat d'expliquer la qualité pour agir que reconnaît la loi au syndicat.

On ne peut, certes pas considérer que le syndicat agit, concernant les parties communes, comme mandataire des copropriétaires, ce qui exclurait toute action individuelle simultanée.

Or, d'après les doctrines que nous venons de signaler, par hypothèse, le pouvoir appartient et au syndicat, et à ses membres. Et d'ailleurs « nul en France ne plaide par procureur ».

Doit-on alors penser qu'à côté de la copropriété entre titulaires des lots, est née une copropriété idéale sur les parties communes, entre le copropriétaire et le syndicat lui-même ? On ne peut guère le concevoir, car une telle analyse amène à une permanente concurrence de pouvoirs, et ce serait méconnaître le fait communautaire qui résulte des nouvelles dispositions législatives.

D'une façon générale, les doctrines individualistes, prenant pour principal support les données juridiques traditionnelles, se heurtent à la volonté manifestée par le législateur de parfaire l'organisation collective en réduisant le champ des initiatives individuelles.

Plus que la loi elle-même, les débats qui ont précédé son vote semblent illustrer cette observation. Il n'est pas ici inopportun de rappeler, à ce sujet, que l'Assemblée nationale a rejeté l'article 13 du projet qui, confirmant une jurisprudence antérieure (46), autorisait le copropriétaire à se substituer au syndicat en cas d'inaction de celui-ci. Cette éviction, *qui appelle les plus vives réserves*, n'en demeure pas moins significative. C'est pourquoi le domaine des actions individuelles doit être limité et la force du pouvoir collectif intensifiée.

§ 2. — L'adéquation des conceptions communautaires reposant sur un critère réel de l'intérêt personnel.

215. — Il ne s'agit plus ici de tenter d'adapter les données classiques aux objectifs visés par le législateur, mais suivant une démarche inverse, de s'attacher d'abord à ces objectifs pour ensuite y modeler la situation individuelle des membres du groupement. Il faut alors constater que la vision du législateur contemporain est, relativement au problème qui nous retient, imprégnée de « matérialisme ». La loi « rattache, a-t-on écrit avec raison, les droits moins à leur sujet (le copropriétaire) qu'à leur objet (l'immeuble) » (47). Le syndicat est investi des prérogatives les plus étendues nécessaires au

(46) Paris, 28 février 1962, D. 1962, p. 452, note MAZEAUD.

(47) LOMBOIS, *Commentaire de la loi du 10 juillet 1965*, D. 1966, IV^e partie, p. 93 et s., sp. article 5.

maintien de l'immeuble dans la permanence de sa valeur et de sa réalité.

Il faut en déduire qu'il tend à devenir le propriétaire des parties communes, tandis que chacun des copropriétaires demeure, à vrai dire, le maître des actions relatives, non pas la défense de son lot, mais des droits afférents aux parties privatives de ce dernier. Il serait vain de se cacher que c'est incorrectement que le législateur oppose l'immeuble au lot. Il ne vise, à la vérité, que les parties privatives (48).

Il ne peut y avoir, à proprement parler, d'interférence entre action individuelle et action syndicale, car l'intérêt collectif qui sous-tend la qualité pour agir du syndicat, s'identifie à la sauvegarde très largement entendue de l'immeuble; alors que l'intérêt propre et distinct de chaque copropriétaire puise directement sa source dans la défense de son appartement.

L'élément d'individualisme qui constitue l'ultime limite aux effets internes de la personne morale, et dans le même temps fonde le droit d'ester en justice du copropriétaire, n'est que *le caractère exclusif de la jouissance de la chose* qui lui est affectée. Si bien que peu importe désormais la nature des actions envisagées, seul sera pris en considération leur objet.

Ce n'est donc plus à partir des actions elles-mêmes que s'opèrera le partage entre pouvoir individuel et collectif, mais à partir de l'intérêt qui est à l'origine de ces actions.

C'est à cette conception que s'est ralliée une partie de la jurisprudence. Le jugement rendu par le Tribunal de Grande Instance de Brest le 15 avril 1970 en offre une bonne illustration :

Saisi d'une action engagée par plusieurs copropriétaires et ayant pour objet de faire cesser une occupation contraire à la destination bourgeoise de l'immeuble, le Tribunal affirme : « Attendu que pour faire admettre la recevabilité de l'action individuelle, les demandeurs ont fait valoir que la violation du règlement de copropriété qu'ils invoquent met en cause la jouissance de chacun de leur lot, et atteint la valeur même de ceux-ci; mais attendu que les demandeurs ne font pas état d'un dommage personnel subi dans leur lot individuel; que le préjudice dont ils se plaignent, savoir la violation d'un règlement de copropriété, et plus précisément la moins-value résultant d'une exploitation commerciale dans l'immeuble, est ressenti par la copropriété tout entière; Attendu qu'admettre le droit d'action individuelle de tout copropriétaire pour ce qui concerne l'ensemble de la copro-

(48) SIZAIRE, *Le statut de la copropriété des immeubles bâtis*, J.C.P. 1969.I. 2259, n° 305, 306. — BOUYEURE, A.J.P.I. 1970, note sous Tribunal de Grande Instance de Brest, 15 avril 1970, p. 965, n° 199 et s., sp. p. 967.

priété, serait aller à l'encontre de l'organisation voulue par le législateur » (49).

Sans doute, la solution de l'espèce paraît *excessive*; il semble que le Tribunal de Brest aurait dû rechercher plus avant si chacun des copropriétaires ne subissait pas un préjudice personnel du fait dommageable incriminé. Mais il reste que le principe contenu dans ce jugement s'exprime en une double proposition respectueuse de la tendance générale du droit positif : d'une part, primauté de l'action syndicale pour ce qui concerne l'ensemble de la copropriété; d'autre part, survie de l'action individuelle lorsqu'elle est fondée par un intérêt particulier qu'il convient de rattacher aux atteintes affectant uniquement l'appartement d'un ou de quelques-uns des copropriétaires.

216. — 1) Certes, dans la mesure où était en cause une violation du règlement de copropriété, la jurisprudence du Tribunal de Brest n'apporte pas au regard de l'espèce pratiquement de nouveauté. Sous l'empire de la loi du 28 juin 1938, nous l'avons vu, on avait pu admettre l'exclusivité à cet égard, du pouvoir syndical.

Mais on ne saurait en limiter la portée à cette seule hypothèse.

De la généralité des termes de l'article 15, alinéa 1^{er}, il faut admettre que les solutions autrefois retenues pour les seules actions relatives à un règlement de copropriété doivent être étendues à l'ensemble des actions, dès lors que l'intérêt collectif est en jeu.

C'est dans ces conditions d'ailleurs que le Conseil d'Etat a pu affirmer, par un arrêt du 17 février 1971, « que le copropriétaire ne peut exercer l'action en responsabilité décennale que pour les parties privatives de l'immeuble, le syndicat étant seul qualifié pour l'exercer en ce qui concerne les malfaçons intéressant les parties communes » (50).

De la même façon, il est clair que *l'action individuelle est aujourd'hui exclue lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre contre un tiers une action possessoire ou pétitoire à propos des seules parties communes*.

Mais il serait inexact de penser que l'exclusivité du pouvoir syndical se limite à la seule défense des parties communes; une des vertus du jugement du Tribunal de Brest est de l'avoir souligné. *La notion d'immeuble est sensiblement plus large que celle de partie*

(49) T.G.I. Brest, 15 avril 1970, A.J.P.I. 1970.1965, n° 199, note BOUYEURE. Dans le même sens : T.G.I. Saint-Etienne, 18 mars 1970, A.J.P.I. 1971, p. 239, n° 38, note CABANAC.

(50) Conseil d'Etat, 17 février 1971, J.C.P. 1971.II.17100, note LIET-VEAUX. Bien que rendue en application de la loi du 18 juin 1938, cette décision est sans nul doute inspirée par la loi nouvelle; elle opère d'ailleurs un revirement spectaculaire de la jurisprudence de la haute juridiction administrative. Cf. note LIET-VEAUX citée dans la référence.

commune, ce qui suppose que le syndicat pourra seul agir lorsque le dommage est subi « par la copropriété tout entière ».

Il en résulte que l'intérêt collectif qui fonde l'action syndicale trouve sa source dans l'identité du dommage affectant pourtant isolément le lot de chacun des copropriétaires. Selon cette jurisprudence qui, dans son principe général, doit être approuvée, si le dommage est subi par l'ensemble de la copropriété, il revient au pouvoir syndical seul d'en solliciter réparation (51).

On perçoit ici avec une particulière netteté l'apport de la loi nouvelle qui se réfère à l'immeuble et non pas aux seules parties communes de celui-ci.

On peut induire de ces observations que si le syndicat détient les pouvoirs d'un propriétaire sur ces parties communes, il assure également la défense des intérêts communs à tous les copropriétaires.

Certes, c'est avec raison que l'on a pu relever les dangers qui découlent d'une telle analyse qui conduit au monopole syndical.

Mais il serait vain de tenter d'y remédier en limitant le pouvoir propre du groupement par la coexistence d'un pouvoir individuel concurrent; mieux vaut se tourner vers des mesures se situant, non pas au niveau de la personne morale qui, dans l'intérêt même de ses membres, doit absorber leur droit dans une mesure justifiée par sa légale finalité, mais au niveau de l'état de groupement. *Conférer des droits à la minorité procède d'une attitude foncièrement différente de celle qui consiste à laisser survivre le droit de chacun dans sa plénitude individuelle malgré la reconnaissance de la personnalité morale.* Car elle suppose l'accueil de la réalité collective et l'adoption de techniques spécifiques destinées à pallier les carences qui en naissent alors qu'en revanche, légitimer la permanence du pouvoir individuel est le signe du rejet de cette réalité.

Il se peut que les garanties accordées par la loi aux minorités face au groupement soient insuffisantes. Dans cet ordre d'idée, il serait souhaitable que l'on reconnaisse largement au copropriétaire la faculté d'agir en cas de *carence* fautive du syndic. Mais un tel procédé suppose la consécration préalable, à l'intérieur de la copropriété, d'un système véritablement collectif, exclusif de solutions fondamentalement individualistes de l'ordre commun.

Ainsi, il est plus logique de proposer des solutions spécifiques à l'ordre collectif plutôt que de contester le pouvoir de la personnalité morale elle-même et cela d'autant plus qu'en matière de copropriété celui-ci n'est pas sans limite.

217. — 2) Dès lors qu'il sera en mesure de justifier d'un intérêt particulier, c'est-à-dire soit qu'il fasse état d'un dommage affectant

(51) BOUYEUR, note, *op. précitée*, p. 967.

directement ou indirectement les seules parties privatives de son lot, soit qu'il rapporte la preuve que le trouble affectant les parties communes le gêne dans l'usage normal de son appartement, le copropriétaire retrouvera la plénitude de son pouvoir d'agir. De ce principe, naissent deux séries d'effets :

D'une part, lorsque le préjudice touchera cumulativement les parties communes et une ou quelques-unes des parties privatives, syndicat et copropriétaires pourront agir conjointement ou isolément. Le principe a clairement été posé par la 3^e Chambre de la Cour de cassation qui énonce dans un arrêt du 14 mai 1974 : « Attendu que l'arrêt relève que les copropriétaires ont demandé la condamnation de F... à leur payer des dommages-intérêts en réparation des malfaçons affectant tant les parties communes de l'immeuble que *les parties privatives dont ils sont propriétaires*; que dès lors qu'ils invoquaient un préjudice personnel, leur action était recevable même si le syndic n'y était pas associé » (52).

D'autre part, et surtout si l'instance intéresse uniquement les parties privatives du lot d'un ou plusieurs copropriétaires, le syndicat devra en être exclu. La notion d'immeuble pour étendue qu'elle soit n'en conserve pas moins un contenu collectif. Pour que le syndicat puisse agir en s'y référant, il faut que soit mis en péril ou pour le moins concerné l'ensemble lui-même, que ce soit juridiquement, matériellement, esthétiquement, voire socialement... Sans cela, le syndicat ne sera pas recevable à introduire ou à soutenir une instance. En conséquence, l'appartement étant distinct de l'immeuble, les actions rattachées à sa jouissance ou destinées à le faire respecter, appartiendront au copropriétaire uniquement. Il n'est pas douteux dès lors, qu'un copropriétaire ayant donné son appartement en location exerce seul les actions personnelles à l'encontre du locataire (53).

Dans le même sens, il faut estimer que, comme sous le régime de la loi du 28 juin 1938, le copropriétaire pourra agir seul contre l'architecte ou l'entrepreneur à qui il reproche des malfaçons commises dans les parties privatives de son lot (54).

Il en ira de la même façon des actions possessoires dans la mesure, bien sûr, où seules les parties privatives du lot seront concernées, et si un tiers est à l'origine du dommage (55).

(52) Cass. Civ. 3^e, 14 mai 1974, J.C.P. 1974.II.17794, obs. GUILLOT ; *adde*, Cass. Civ. 3^e, 18 déc. 1973, J.C.P. 1974.II.17682.

(53) Cass. Soc., 19 juil. 1961, A.J.P.I. 1962.2.47, J.C.P. 1962, éd. notariale II-12.431. Dans le même sens : Trib. civ. de la Seine, 6 janv. 1960, Gaz. Pal. 1960, p. 173. Il s'agissait en l'espèce d'une action pour donner congé d'un bail.

(54) T.G.I. Grenoble, 30 mars 1960, A.J.P.I. 1960.2.751, *Contra*, v. cependant : J.P. SORTAIS, *Cours de doctorat*, 1968, p. 164. — CABANAC, note A.J.P.I. 1967.121 sous Cass. civ., 23 mai 1966.

(55) GIVORD et GIVERDON, *Traité de la copropriété*, p. 294, n° 538, *in fine*, et les références citées.

Il est vrai que la loi, dans ces conditions, fait obligation au demandeur d'informer le syndicat de la procédure engagée. Mais cette obligation n'est pas accompagnée de sanction et n'a pour but, à notre sens, que de mettre le groupement en mesure d'apprécier l'éventualité d'une action collective, si le dommage particulier du requérant emportait simultanément un préjudice commun.

A *contrario* et symétriquement, le syndicat ne pourra porter d'action au possessoire que contre le tiers auteur de troubles portant sur les parties communes (56).

218. — Au terme de cette étude une observation peut être faite. Il est évident qu'à la différence du propriétaire indivis, le copropriétaire perd au bénéfice de la personne morale du syndicat une partie de son pouvoir d'agir en justice.

Toutefois, se hâter de conclure à la primauté du collectif sur l'individuel serait critiquable. Le droit d'ester en justice de la personne morale du syndicat est tributaire de l'existence d'un intérêt collectif, condition nécessaire à son exercice. Le copropriétaire, quant à lui, reste très largement en mesure d'assurer isolément la réalisation et la sauvegarde des droits afférents à son appartement.

Curieusement donc, c'est à proprement parler une frontière « réelle » que le droit positif dresse devant le développement d'effets internes de la personnalité morale. Qu'est-ce à dire ? Le nouveau texte, nous l'avons déjà souligné, s'attache à une vision « matérielle » de la copropriété. Les parties privatives constituent le domaine de souveraineté des copropriétaires. Le droit qu'il a sur elles est porteur d'un individualisme puissant auquel se heurte la progression de l'ordre collectif. Aller au-delà porterait atteinte à l'idée même de copropriété qui, si elle supporte les transformations proprement juridiques du droit de propriété, ne peut en affecter que partiellement *l'utilité immédiate* qu'il permet de retirer d'une chose et ne doit surtout pas en détériorer « l'image ». Ce serait dépasser la finalité assignée à la personne morale du syndicat des copropriétaires.

On distingue ainsi un aspect de la corrélation existant entre le droit subjectif et la personnalité morale. Un équilibre s'établit entre le pouvoir collectif et le pouvoir individuel, et qui tient à la détermination matérielle du domaine de chacun. Mais il peut arriver que, toujours afin de parvenir à son objectif, la personne morale soit contrainte d'absorber la quasi-totalité de l'élément procédural du droit individuel. On assiste alors au triomphe de l'ordre collectif.

(56) Paris, 8 janvier 1966, *Gaz. Pal.*, 17 mars 1967.

SECTION II

**LE TRIOMPHE DE L'ORDRE COLLECTIF :
LES MODIFICATIONS
PORTANT SUR L'ACTION INDIVIDUELLE DU CREANCIER
DANS LA MASSE DES PROCEDURES DE CONCOURS**

219. — Le jugement prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d'un débiteur emporte, de plein droit, la constitution de ses créanciers en un groupement : la masse (57).

Son objet est de *réaliser collectivement le droit individuel de chacun des créanciers* qui en sont membres, ce qui suppose que sera « transféré » (58) à la personne morale du groupement le droit d'agir contre le débiteur commun (59).

C'est le principe de la suspension des poursuites individuelles qui est la manifestation la plus frappante de l'esprit d'égalité entre les créanciers, qui domine les procédures spéciales de concours (60).

Conséquence principale, sinon unique, de l'admission *involontaire* d'un créancier dans la masse, elle se révèle particulièrement contraignante à son égard puisqu'elle lui interdit d'accomplir isolément les possibles de son droit par le recours à l'action, alors que par hypothèse celle-ci s'avère nécessaire. *C'est donc dans sa phase la plus « individuelle », celle de son exécution, que le droit du créancier sera « collectivisé ».* Il y a là une contradiction fondamentale dont les effets vont intensifier le conflit entre le pouvoir individuel et le pouvoir collectif.

(57) C'est ce qui ressort des termes de l'art. 13, al. 1, de la loi du 13 juillet 1967, qui vient consacrer expressément une règle admise avec certitude, bien que de façon implicite, auparavant. Cf. DERRIDA, *La réforme du règlement judiciaire et de la faillite*, p. 91, n° 79.

(58) Léon MAZEAUD, *Cours de droit commercial*, IV^e année de licence, Paris, 1968, p. 668 ; *Les cours de droit*, Paris.

(59) Sur la question de savoir si la masse est dotée de la personnalité morale : elle lui a été reconnue par la Jurisprudence, Cass. Com., 17 janv. 1956, J.C.P. 1956.II.9601, note GRANGER : D. 1956.265, obs. HOUIN. *Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, p. 486 et s., note BISCHOFF. Cf. également arrêts plus anciens : Req. 24 août 1934, S. 1943.757, adde, RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T. II, éd. 1964, n° 2869, pp. 356-357. — LAMBERT, *La personnalité juridique de la masse*, J.C.P. 1960.I.1568. — LUCAS, *Le patrimoine de la masse des créanciers*, R.T.D. Co. 1969.891. — BRUNET, *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, Thèse Nancy, 1973. — DERRIDA et SORTAIS, note sous Com., 7 janvier 1976, D. 1976.277. — GHESTIN, *La prophétie réalisée*, J.C.P. 1976.I.2786. — GAVALDA et STOUFFLET, note sous Com., 7 janvier 1976, J.C.P. 1976.II.8327. — VASSEUR, *La mise en jeu de la responsabilité du banquier*, Banque, 1976, p. 367 et s.

(60) VASSEUR, *Le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, Thèse Paris, 1947. — Mme REYMOND DE GENTILE, thèse précitée.

220. — Bien que le principe même de la suspension des poursuites soit demeuré constant malgré l'évolution du droit de la faillite (61), sa signification, qui en gouverne la portée, a pu, quant à elle, se modifier avec cette évolution. Aussi, son étude doit-elle être entreprise sous l'éclairage liminaire des objectifs visés par l'institution.

Or la finalité des procédures de concours, aujourd'hui plus encore qu'hier, est mal définie : « le droit se veut dans cette matière, tout à la fois sanctionnateur, curatif, préventif » (62).

D'autant que les origines historiques de l'institution pèsent encore sur elle et en accentuent, ce faisant, le manque d'uniformité. Toutefois, si l'on se place dans une perspective évolutive, *il faut constater que la conception unitaire et pénalisante du début du XIX^e siècle a laissé la place, par des réformes (63) plus ou moins homogènes, à une conception diversifiée à dominante économique et curative*, celle de la loi du 13 juillet 1967 (64). Elle se donne pour but principal le salut des entreprises viables, indépendamment de l'appréciation portée sur les agissements de leurs dirigeants, consacrant ainsi la proposition formulée par un auteur (65).

Le décret du 20 mai 1955, de ce point de vue, était resté fidèle à une définition du commerçant plus proche du « boutiquier du XIX^e siècle que des grandes entreprises de l'économie moderne », maintenant un lien étroit entre entrepreneur et entreprise, de sorte que la faillite de l'un entraînait l'éparpillement des biens de l'autre : « sous prétexte de sanctionner les fautes des dirigeants, le législateur condamnait l'entreprise, c'est-à-dire son personnel, les associés et même les créanciers, car ceux-ci ne profitaient généralement pas d'une liquidation qui intervient dans de mauvaises conditions et ne permet de régler que les créanciers privilégiés, les mieux placés et les plus gourmands, c'est-à-dire le Trésor et la Sécurité Sociale » (66).

Faisant écho à cette critique, et en retenant les suggestions, la réforme de 1967 a dissocié la condition personnelle des dirigeants de celle de l'entreprise dont le sort sera dicté uniquement par des considérations d'ordre économique.

Allant plus loin sur la voie dans laquelle s'étaient déjà engagés les auteurs du texte de 1955, le législateur a inscrit les solutions des

(61) Le terme est entendu ici dans un sens générique.

(62) LABRUSSE, *L'évolution du droit français de la faillite depuis le Code de Commerce*, in *Faillites*, ouvrage collectif sous la direction du Doyen RODIÈRE, éd. Dalloz, n° 2, p. 7.

(63) HONORAT, cf. *Les innovations du Décret du 20 mai 1955, relatif aux faillites et règlements judiciaires*, L.G.D.J. 1960.

(64) Rapport de l'inspection générale des Finances, *Aspects économiques de la faillite et du règlement judiciaire*, Sirey éd., 1970.

(65) HOUIN, *Permanence de l'entreprise à travers la faillite*, Liber Amicorum, Baron Luis FRÉDÉRICQUE, T. II, p. 609.

(66) HOUIN, *ibidem*.

procédures de concours dans deux directions d'esprit différent, selon que l'entreprise en difficulté aura ou non les moyens de franchir la crise qu'elle traverse.

1) C'est ainsi que la liquidation des biens aura pour fin principale d'assainir les circuits économiques par l'élimination d'entreprises définitivement et irrémédiablement condamnées. Dans ces conditions, il faut interpréter *paradoxalement l'autoritarisme accru du pouvoir judiciaire et le renforcement du caractère collectif des poursuites, comme le signe d'une volonté fondamentalement attachée à l'individualisme traditionnel.*

On cherche avant tout à atteindre rapidement et à actualiser, dans la mesure du possible laissé par les procédures de concours, la réalisation des droits individuels. La préoccupation première du législateur est de faciliter une prompte liquidation afin de rapprocher, dans ses effets au moins, la liquidation des biens d'une voie d'exécution de type classique.

Avantageuse pour les créanciers hypothécaires, cette solution n'est cependant pas pleinement satisfaisante pour les chirographaires. L'actif du patrimoine du débiteur poursuivi étant le plus souvent absorbé dans sa presque totalité par le passif privilégié, le droit de chacun des créanciers non muni de sûreté devient dans ce cas illusoire. Aussi est-ce le règlement judiciaire qu'il faut encourager. La survie de l'entreprise débitrice qui offre de sérieuses garanties apparaît curieusement comme une solution plus heureuse pour le crédit commercial que sa disparition.

2) Le règlement judiciaire prononcé par le tribunal « s'il lui apparaît que le débiteur est en mesure de proposer un concordat sérieux » (67), emporte dès lors en soi deux objectifs complémentaires : *la pérennité de l'entreprise en difficulté pour permettre au droit des créanciers de se réaliser dans de meilleures conditions*, « à partir du moment, écrivait Roger Houin dénonçant le régime antérieur, où le concordat entre le débiteur et ses créanciers a permis de mettre fin à la faillite, il a été évident que *cette procédure n'est pas exclusivement un procédé de liquidation forcée des entreprises*, et qu'elle peut tendre ainsi à leur assainissement et par suite à leur permanence » (68), ce qui n'est pas sans portée sur la situation de chacun des créanciers réunis dans la masse.

Cela implique, en effet, que *la réalisation individuelle de leurs droits participe plus qu'elle ne s'oppose à la survie de l'entreprise débitrice*. Si bien qu'une des conséquences de cette procédure est de déplacer le centre des conflits. La *traditionnelle tension qui se déve-*

(67) Article 71 de la loi du 13 juillet 1967.

(68) HOUIN, *La permanence de l'entreprise à travers la faillite*, op. cit., p. 609 et s.

loppait entre créanciers et débiteur, tend à s'estomper pour être substituée par l'opposition intérêt individuel-intérêt collectif.

On voit ainsi surgir un intérêt propre à la masse, distinct de celui de ses membres, qui trouve son origine dans la réussite du sauvetage de l'entreprise en difficulté à laquelle est attachée la meilleure protection des droits de tous.

Le règlement judiciaire pousse donc les créanciers à adopter, vis-à-vis de leurs droits, une attitude différente de celle qui est la leur dans le cadre d'une liquidation des biens. Il s'agit pour eux *d'en envisager la réalisation à terme* et non pas immédiate, ce qui suppose un abandon notable des prérogatives individuelles au profit d'une action commune renforcée; ce changement de perspectives ne se fait pas sans résistance et sans opposition entre créanciers chirographaires et hypothécaires.

Le règlement judiciaire suppose donc l'effacement délibéré de certaines prétentions individuelles actuelles et implique dès lors l'existence d'une *réalité collective*, alors que la liquidation *des biens n'en donne que les apparences*. C'est compte tenu de ces considérations que le principe de suspension des poursuites devra être analysé.

221. — Le fondement de la suspension des poursuites individuelles ne semble pas, au moins aux yeux de la plus grande partie des auteurs, soulever de difficultés (69) : cette règle, affirmée notamment par les articles 35 et 36 de la loi nouvelle, ne saurait puiser sa source ailleurs *que dans le caractère collectif* et la *vocation égalitaire* des procédures de concours, et ne pourrait être justifiée comme certains l'ont estimé, par le dessaisissement du débiteur (70). On a cependant entrepris de rechercher sa justification dans une nouvelle direction plus conforme, à notre sens, à l'orientation prise par le droit positif. La suspension des poursuites serait *la manifestation de la nécessité de sauvegarder l'entreprise en difficulté* (71).

Ce dernier objectif n'étant pas en soi exclusif, bien au contraire, du respect de l'égalité. Dans cette conception, cette règle verrait, au moins en matière de règlement judiciaire, son domaine d'application sensiblement étendu.

C'est qu'en effet unique dans son principe (72), la suspension des poursuites peut présenter un caractère variable dans sa mise en œuvre qui tient au jeu concurrent de plusieurs facteurs. Ils procèdent

(69) PIROVANO, *op. cit.*, p. 163. — LEGAL, *op. cit.*, p. 154, n° 12. — Raymond de GENTILE, *op. cit.*, p. 407, n° 288.

(70) LYON-CAEN, RENAULT, AMIAUD, *Traité de droit commercial*, 5^e édition, Tome III, n° 15.

(71) DERRIDA, *Le droit de poursuite individuelle des créanciers titulaires d'une sûreté réelle spéciale dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, D. 1967, chron. p. 251.

(72) Cass. Com., 19 novembre 1958, S. 1959.I.77, note MEURISSE, Cass. Com., 19 mars 1958, Bull. civ. III, p. 107.

tantôt de la nature de l'action entreprise, tantôt de la qualité des droits des créanciers poursuivants (Sous-Section I).

Mais la vocation collective et égalitaire de la suspension des poursuites renferme ses propres limites. On admet ainsi que sont exclues de son domaine les actions engagées par un créancier justifiant d'un intérêt propre ne pouvant se confondre avec celui de la masse. La difficulté tient alors à ce qu'il est impératif de fixer le critère de l'intérêt distinct. On peut craindre, en effet, que certains créanciers poursuivants n'en proposent une définition trop large tentant par ce biais d'échapper aux conséquences de l'ordre collectif (Sous-Section II).

Aussi bien, le problème posé par la règle de la suspension des poursuites ne se présente-t-il pas, dans les mêmes termes, selon que le créancier se prévaut ou non d'un intérêt distinct.

Sous-Section I

LA SUSPENSION DES POURSUITES ET LES CREANCIERS NE JUSTIFIANT PAS D'UN INTERET DISTINCT

222. — La loi du 13 juillet 1967 et son décret d'application ont généralisé les procédures de production et de vérification des créances (73). Faut-il alors en déduire que le champ d'application du principe de suspension des poursuites a été simultanément étendu ?

Sans méconnaître la tendance au renforcement du caractère collectif des procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens que contiennent les dispositions nouvelles, il serait toutefois inexact de considérer que l'obligation faite aux créanciers de produire a une signification constante. A vrai dire, elle varie, non seulement en fonction de la qualité de la procédure engagée (règlement judiciaire ou liquidation des biens), mais encore en fonction du caractère « individuel » plus ou moins prononcé du droit de créance, objet de l'emprise collective; le jeu conjugué de ces facteurs exerce une influence certaine sur la nature de la procédure de production et de vérification qui n'est pas intrinsèquement invariable, et donc indirectement sur la portée de la règle de suspension des poursuites.

Aussi est-il naturel que les tensions individuel-collectif, qu'engendre son application, ne présentent pas la même vivacité selon que le créancier est ou non muni d'une sûreté spéciale. Ce qu'il nous appartient de vérifier.

(73) PIROVANO, *De la corrélation existant entre la règle de suspension des poursuites individuelles et la procédure de vérification des créances*, D. 1968, chron. 163 et sp. 164.

§ 1. — Suspension des poursuites et créanciers chirographaires.

223. — 1) Dans la mesure où la *qualité même du créancier n'est pas contestée* la suspension frappe certainement les actions non encore engagées au moment du prononcé du jugement déclaratif (74). De la même façon, et sous la même condition, les instances pendantes, le seraient devant le juge d'appel (75), seront interrompues. L'article 55, alinéa 1^{er}, du décret du 22 décembre 1967 énonce, en effet, « que la procédure prévue aux articles 45 et 54 doit recevoir application, alors même que le créancier aurait introduit une instance contre le débiteur avant le jugement prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens »; disposition qui appelle toutefois une remarque :

Il est à observer, en effet, que l'article 55, alinéa 1^{er}, qui souligne le caractère collectif des procédures de concours est venu mettre un terme aux hésitations qu'avait pu manifester la jurisprudence sous l'empire du régime antérieur à celui institué par la loi de 1967. On avait, en effet, constaté à la veille de la réforme un certain « recul » de la règle de la suspension des poursuites à ce sujet; la Cour de cassation ayant autorisé la continuation d'une instance en cours (76), alors même que la solution inverse avait été retenue quelques années auparavant (77).

Si on ne saurait valablement contester que l'obligation de produire que ce texte met à la charge du créancier, emporte corrélativement la suspension de l'instance par lui engagée, c'est que, par hypothèse, sa qualité de créancier n'est pas discutée. Il est donc de la logique inhérente aux procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens qu'il soit intégré à la masse. La solution ne souffre aucune réserve.

224. — 2) Plus délicate est la question que pose le point de savoir si les actions ayant pour objet d'établir l'existence même du droit de créance doivent subir le même sort.

Avant la loi de 1967, la jurisprudence dominante, approuvée en cela par la majorité des auteurs (78), reconnaissait au demandeur démuné de titre, la faculté de poursuivre individuellement la consé-

(74) Req. 28 mars 1892, D.P. 1892.I.465, note BOITEL.

(75) Cass. Com., 3 juillet 1959, Bull. Civ. III.261.

(76) Cass. 1^{er} juillet 1965, D. 1967.529, note HONORAT.

(77) Cass. Com., 2 décembre 1952, R.T.D. Co. 1953.206.

(78) Notamment HONORAT, note D. 1967.530 et D. 1968.613 et s., et sp. 615. *Contra*, L. MAZEAUD, *Cours de droit commercial*, 4^e année, Paris 1967.1968.669, *Les cours de droit*, éd.

eration de son droit (79) ; en revanche, elle soumettait à l'effet de la suspension les actions tendant seulement à fixer le montant de la créance. S'agissant le plus souvent d'actions en responsabilité délictuelle, ou quasi délictuelle, on justifiait cette double solution par le principe unique que *la créance de réparation ne pouvait se confondre avec le droit à réparation* (80).

L'article 45, alinéa 1^{er}, de la loi du 13 juillet 1967, et l'article 55 du décret qui dispose dans son alinéa second que la procédure de production et de vérification est impérative « même si à défaut de titre, le créancier est dans l'obligation de faire reconnaître son droit », sont-ils venus condamner la règle nuancée qu'avaient formulée les tribunaux (81). Autrement dit, les actions engagées afin d'établir le principe même d'un droit à l'encontre du débiteur défaillant entrent-elles désormais dans le domaine de la suspension des poursuites ?

Suivant en cela l'opinion émise par un auteur (82), c'est dans le sens de l'affirmative que se sont prononcées la Chambre commerciale d'abord (83) puis, après un temps d'hésitation (84), la Chambre sociale de la Cour de cassation (85).

Jurisprudence qui consacre cependant la tendance manifestée par la grande majorité des juridictions du fond (86). Il reste que l'on peut s'interroger sur son bien-fondé.

Outre que cette règle, d'une singulière rigueur, sera source d'inconvénients pratiques considérables (accroissements des délais et frais de procédure), susceptible de décourager le demandeur, son principe directeur n'est pas lui-même à l'abri de la critique (87).

(79) Colmar, 24 nov. 1964, J.C.P. 1965.II.14043 ; T.G.I. Puy-en-Velay, 30 juin 1967, Gaz. Pal. 1968.I.42, R.T.D. Co. 1968, p. 154, n° 42, obs. HOUIN ; *Contra*, Trib. Marseille, 7 nov. 1931, Gaz. Pal., tables quinquennales, 1935.1940. V. Faillite, cité par HONORAT, D. 1968, p. 615.

(80) HONORAT, *La situation des créanciers d'indemnités contractuelles et délictuelles dans la faillite et le règlement judiciaire*, R.T.D. Co. 1961, p. 19 et s. ; même auteur note sous Com., 28 août 1966, D. 1968.83 ; *adde*, MEURISSE. Du sort des créances contractuelles et délictuelles sur lesquelles il n'a pas encore été statué au jour du jugement de règlement judiciaire ou de faillite, J.C.P. 1964.I.1836.

(81) HOUIN, obs. R.T.D. Co. 1968, n° 42, p. 154.

(82) HONORAT, cf. notamment note sous Aix, 26 décembre 1972, et Paris, 9 janvier 1973, D. 1973.610.

(83) Com. 5 mars 1974, D. 1974.475, note HONORAT, obs. complémentaires, F. DERRIDA ; Rec. gén. lois 1974, p. 480, n° 811 et p. 608, n° 821 ; obs. VASSEUR ; Rev. jurispr. Com. 1974.224, note CHARTIER.

(84) Soc. 4 mars 1970, D. 1971.511, note HONORAT.

(85) Soc. 13 mars 1975, D. 1975.434, note HONORAT.
note HONORAT.

(86) Aix, 7 janv. 1970, D. 1971.99 ; Poitiers, 28 mars 1973, D. 1973, som. 79 ; Lyon, 15 janvier 1974, D. 1974, som. 69.

(87) PIROVANO, *op. cit.*, sp. pp. 167-168. — REYMOND DE GENTILE, *op. cit.*, n° 312 et s. — TOUJAS et ARGENSON, *La réforme de la Faillite*, J.C.P. 1968.I.2179, n° 178.

Certes, on peut faire valoir, pour la justifier, des arguments de texte, d'une part, des arguments tirés de la philosophie même de la réforme des procédures de concours, de l'autre, mais pour être solides et de valeur, ni les premiers ni les seconds ne paraissent décisifs.

— Au soutien de la doctrine à laquelle s'est ralliée la Cour de Cassation, on avance tout d'abord que les termes de la loi (art. 45, al. 1^{er}) et du décret (art. 55, al. 2) ne peuvent conduire à d'autres solutions que l'interruption de l'instance. Mais outre le fait qu'un tel raisonnement implique qu'il existe un lien systématique entre l'obligation de produire et la suspension des poursuites — ce qui est à vérifier — on pourra encore lui objecter que les arguments textuels sont, s'agissant de la réforme de 1967, singulièrement affaiblis, compte tenu des nombreuses contradictions dont elle est chargée.

Relativement à la question débattue, on a déjà fort bien montré que le texte de la loi, comme celui du décret, comportent des dispositions de nature à légitimer que l'instance en établissement d'un droit se continue : « le fait que le juge commissaire puisse admettre les créances contestées "à titre provisoire" (art. 42, al. 4) a-t-on relevé dans ce sens, prouve que la procédure de production ne peut avoir évincé totalement la procédure de droit commun, et que, tout au contraire, il doit se passer quelque chose par ailleurs; de fait, l'article 56 du décret a envisagé l'hypothèse où le Tribunal constate que la réclamation est de la compétence d'une autre juridiction » (88).

C'est pourquoi, en dépit du raisonnement mené par un auteur pour en surmonter les contradictions (89), la loi et le règlement ne paraissent pas susceptibles de constituer un support solide à la règle formulée par la Chambre commerciale. Aussi, est-il naturel que l'on cherche à l'appuyer sur l'esprit et sur l'économie générale de la réforme de la faillite.

Dans cette perspective, on insiste sur l'intensification de l'aspect collectif des procédures de concours et sur l'inévitable extension de leur domaine qu'elle suppose : « l'article 55, observe Fernand Derrida en ce sens, trouve son fondement dans le caractère collectif des procédures de règlement judiciaire ou de liquidation des biens; la procédure collective forme un tout, elle ne s'accommode guère d'instances qui seraient conduites parallèlement à elle-même et qui pourraient gêner son propre déroulement, ne serait-ce qu'en le retardant jusqu'à décision sur l'instance pendante devant une autre juridiction » (90). L'observation est incontestablement exacte et traduit fidèlement l'orientation prise par le droit positif en ce domaine.

(88) PIROVANO, *op. cit.*, sp. p. 167.

(89) DERRIDA, obs. complémentaires, D. 1974, p. 476 et s., et sp. p. 478, n° 7.

(90) DERRIDA, obs. D. 1974, sp. p. 476, n° 2.

225. — Mais il faut aller au-delà et s'interroger sur les raisons qui ont ici, motivé le renforcement du collectif sur l'individuel. On constate alors — et la lecture du rapport de l'inspection générale des Finances (91) permet de vérifier cette assertion — que c'est uniquement le souci de préserver l'intérêt des *créanciers* dans leur ensemble (fournisseurs de l'entreprise et personnel) qui est à l'origine de cette nouvelle politique juridique.

La « collectivisation » permet d'accélérer la procédure de liquidation des biens, tandis que dans le règlement judiciaire, elle favorise les tentatives de survie de l'entreprise débitrice; survie qui apparaît, comme le meilleur moyen pour que chacun des créanciers ait une chance de recouvrer sa créance.

En tout état de cause, c'est à l'intérêt des *créanciers* que l'on fait référence pour justifier l'intensification du caractère collectif des procédures de concours à leur égard.

Or, ce qui particularise l'instance dont il est présentement débattu, c'est que, par hypothèse, elle a pour objet *d'établir la qualité même de créancier* de celui qui l'a engagée. En d'autres termes, la solution donnée par la Cour de cassation conduit à intégrer, sans réserve, à l'ordre collectif une personne dont on ne sait pas, *a priori*, si elle est, ou non, créancière. Il y a là une contradiction fondamentale qui l'affecte dans son principe même. D'ailleurs la recevabilité de l'action en revendication (91 *bis*), comme de l'action résolutoire, tient au fait que celui qui l'engage n'a pas, ou se refuse à avoir la qualité de créancier « on ne peut en effet se présenter dans une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens que comme propriétaire ou créancier » (92).

Au surplus, il est généralement admis que la production, lorsqu'elle s'accompagne de la suspension des poursuites, est, en quelque sorte, un mode particulier d'exercice du droit de créance à l'occasion d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation de biens. Dès lors, on ne voit pas par quel mécanisme juridique on pourrait exercer un droit alors même que son existence n'est pas établie.

Certes, on a pu soutenir que la qualité même de la procédure de production et de vérification des créances avait changé avec la réforme de 1967; de simple mesure de contrôle des créances qu'elle était auparavant, elle serait devenue, ainsi de nos jours, un procédé de « reconnaissance juridique de certaines créances » (93). La proposi-

(91) *Aspects économiques de la Faillite et du règlement judiciaire*, Bibliothèque de Droit commercial, T. 20, 1970, Sirey éd.

(91 *bis*) HOUIN, *Encycl. Dalloz, Rép. Com.*, 1^{re} éd., *Vis faillite et règlement judiciaire*, n^{os} 1475 et 2390. — ARGENSON et TOUJAS, *Règlement judiciaire, liquidation des biens*, 4^e éd., T. 1, n^{os} 419 et 909. — HONORAT, *Jurisc. Com. C. Com.*, art. 437 à 614-26, Fasc. 6-40.

(92) HONORAT, note sous *Com.*, 7 juillet 1975, D. 1976, pp. 70 et s., et sp. p. 71. V. Paris, 6 janv. 1975, D. 1975, som. 123.

(93) HONORAT, D. 1968.615.

tion n'est pas sans valeur, mais n'est-il pas paradoxal que les organes de la faillite se voient reconnaître des pouvoirs plus étendus, à l'égard d'une personne qui n'est pas créancière au moment où se pose le problème, qu'à l'égard des créanciers eux-mêmes.

En réalité, il nous semble plus conforme à la logique foncière des procédures de concours de n'admettre de créanciers dans la masse qu'autant que leur droit ne renferme pas un élément d'individualisme irréductible, comme c'est le cas pourtant en l'espèce.

L'obligation de production mise à la charge du demandeur à l'action en reconnaissance d'un droit ne peut avoir ici qu'une fonction d'information de nature à permettre d'évaluer les chances de survie, voire de développement, de l'entreprise débitrice. De ce fait, elle ne saurait emporter corrélativement l'interruption de l'instance et ne peut justifier une intégration parfaite à la masse.

Le demandeur à l'instance doit, dans une certaine mesure, échapper à l'emprise collective parce qu'il *n'est pas encore créancier*. C'est d'ailleurs en application du même principe logique que celui qui a exercé son droit y échappe car il *n'est plus créancier*.

226. — 3) On sait, en effet, qu'on a tenté d'intégrer à la masse les créanciers exerçant non plus une action tendant à la consécration d'un droit mais tendant à la réalisation de ce droit par la mise en œuvre de voies d'exécutions. Le problème mérite d'être rapporté, comme significatif de l'évolution suivie en matière de droit individuel des créanciers dans la masse. Il ne présente guère de difficulté dans ses termes, mais il convient toutefois de bien les poser.

Le recours aux voies d'exécutions apparaît comme la phase ultime de la réalisation du droit du créancier. L'individualisme s'y trouve donc consacré. Le créancier poursuivant va, de ce fait, offrir à l'adhésion à la masse une résistance d'autant plus vive. Il est de son intérêt de défendre son droit et les prérogatives attachées à celui-ci dans la forme qu'il avait au moment où il l'a acquis, alors que son débiteur n'était pas en état de cessation des paiements.

La masse, quant à elle, se refuse à abandonner un des éléments du patrimoine formant son gage. Enfermée dans ces impératifs contraires, la jurisprudence adopte, nous allons le voir, des solutions nuancées à propos desquelles il nous faudra formuler quelques observations.

Les règles varieront suivant que la voie d'exécution entreprise est plus ou moins proche de son terme. C'est ainsi que la suspension des poursuites s'imposera, non seulement à l'égard des voies d'exécution non encore engagées mais encore déjà entamées, la loi de 1967 n'ayant pas innové à ce sujet (94).

(94) Cass. com., 19 mars 1958, Bull. civ. 1968.III.107 « à partir du jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire, les actions mobilières ou immobilières et toutes voies d'exécution sont suspendues ».

Mais son silence laisse en suspens le problème de savoir à partir de quel moment le créancier exécuté cesse *d'être en concours* avec les autres, et de ce fait est en mesure d'opposer la réalisation de son droit aux prétentions de la masse. C'est qu'il existe en quelque sorte un « *iter executionis* » suivant lequel le droit du créancier change de nature et tend à se réaliser; le droit personnel ne tient-il pas son crédit de la virtualité de réalisation ?

Dès lors, il importe de déterminer *laquelle des étapes de l'exécution marque la disqualification du droit du créancier*. Elle intervient au moment où la mesure de saisie produit ses « effets légaux » (95), ainsi que s'agissant d'une saisie-arrêt, le créancier poursuivant pourra opposer son droit à la masse lorsque le jugement de validité sera passé en force de chose jugée. A ce stade, le caractère individuel de la créance se manifeste dans toute sa plénitude. Il offre une imperméabilité quasi parfaite aux effets de l'ordre collectif.

Il ressort des observations que nous venons de faire tout au long de ces derniers développements qu'il existe *une corrélation très étroite et dynamique entre le caractère plus ou moins direct du lien du droit du créancier sur le patrimoine de son débiteur*, et la facilité plus ou moins grande avec laquelle il est intégré au groupement. Ainsi plus l'individualisme tend à se parfaire, plus le domaine de la suspension des poursuites, quant à lui, se rétrécit.

L'interdépendance de ces deux aspects présente un caractère relatif très marqué et cela est si vrai, qu'il est admis que le paiement par compensation demeure pleinement valable, serait-il intervenu après le jugement déclaratif, dans la mesure où il existe une *connexité entre les dettes* (96).

De plus, traditionnellement, lorsque les créanciers étaient titulaires d'un droit réel et non plus personnel, et que, par conséquent, le lien avec un élément spécial du patrimoine du débiteur était particulièrement puissant, on admettait que la règle de la suspension des poursuites ne devait pas jouer. En est-il toujours ainsi ?

§ 2. — Suspension des poursuites et créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales.

227. — La question mérite d'être abordée, car la réponse qui lui sera donnée permettra de mesurer l'ampleur de l'idée collective qui domine le droit du règlement judiciaire et de la liquidation des biens, et par là de préciser le sens même de ce droit.

Dans cette hypothèse, la précision de l'assiette du droit préexiste à la mise en œuvre de toute procédure d'exécution. Le créancier,

(95) RIPERT et ROBLLOT, *Traité*, 7^e édition, Tome II.

(96) Cass. Civ., 18 octobre 1938, D.H. 1938.593, *Grands Arrêts jurisprudence commerciale*, n° 148, p. 494, obs. HOUIN.

titulaire d'une sûreté spéciale, bénéficie, à titre accessoire, d'un droit réel dont la structure et la fonction même, par nature, sont en contradiction avec toute contrainte collective.

Aux termes de l'article 35 de la loi du 13 juillet 1967 : « Le jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens suspend toutes poursuites individuelles, tant sur les immeubles que sur les meubles de la part des créanciers dont les créances nées avant le jugement, constatant la cessation des paiements, ne sont pas garanties par un privilège spécial, un nantissement ou hypothèque sur lesdits biens. Le droit de poursuite individuelle du Trésor public ne peut s'exercer que lorsque les créanciers sont en état d'union dans les conditions prévues à l'article 80, alinéa 2. »

Indépendamment de la situation du Trésor public, qui désormais subit avec certitude les effets de la suspension des poursuites, ce texte ne laisse apparaître aucune modification visant les créanciers munis de sûretés spéciales.

Si bien que la plus grande partie des commentateurs de la loi estimaient, au prix d'un raisonnement d'un classicisme rigoureux, qu'« à la différence des créanciers garantis par un privilège général, les créanciers pourvus d'un privilège spécial mobilier ou d'un privilège spécial immobilier ou d'une hypothèse, ne sont pas dans la masse. Ils échappent aux conséquences du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens, dans la mesure où tel meuble ou immeuble affecté au paiement de leurs créances est suffisant pour les garantir » (97).

Toutefois, cette opinion n'a pas été reçue de façon unanime (98) ; il faut convenir, en effet, que ce texte clair en lui-même, s'accorde mal et avec la philosophie générale qui est à l'origine de la réforme du droit de la faillite et avec certaines dispositions réalisant cette réforme.

Un auteur a eu le mérite de mettre ce hiatus en évidence, tirant les conséquences logiques de ses observations, a proposé une solution « séduisante » et cohérente (99). Il importe ici de rappeler les grandes lignes de la réforme pour mieux appréhender les éléments de cette doctrine.

On sait qu'un de ses objectifs a été de marquer très nettement le clivage entre d'une part la liquidation des biens dans laquelle *l'autoritarisme judiciaire n'est qu'un moyen d'accélérer la reparti-*

(97) MAZEAUD, *Cours de licence*, 4.1968, p. 658 ; *adde*, dans le même sens : LE GALL, *op. cit.*, p. 161. — RIPERT et ROBLLOT, Tome II, *Règlement judiciaire, liquidation des biens*, addendum, 5^e édition, p. 25, n° 28789 et s. — PIROVANO, *op. cit.*, D. 1968, p. 163 et s.

(98) DERRIDA, *Le droit de poursuites individuelles des créanciers titulaires d'une sûreté réelle spéciale dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, D. 1967, chron. 251 et s.

(99) DERRIDA, *op. cit.*, D. 1967, chron. 251 et s.

tion du patrimoine du débiteur, et de ce fait de rapprocher cette procédure des voies d'exécution de droit commun, et d'autre part le règlement judiciaire, qui, quant à lui, vise principalement la sauvegarde des entreprises viables; cette dernière procédure implique donc, par le biais d'un interventionnisme judiciaire pourtant soutenu, « la promotion du dialogue et une meilleure protection renforcée des créanciers, et cela dans un cadre plus profondément collectif » (100).

Cette distinction fondamentale constitue, nous allons le voir, la clé de voûte du système proposé par le professeur Derrida.

228. — A) Pour cet auteur, le fondement de la règle de la suspension des poursuites sera différent selon que la procédure engagée tendra à obtenir l'éviction ou le maintien de l'entreprise dans les circuits économiques.

1) *En cas de règlement judiciaire*, l'intensification du caractère collectif de la procédure doit conduire à l'arrêt de toutes les actions, quand bien même celles-ci viendraient consacrer un droit spécialement garanti. Cette solution doit être d'abord retenue durant la période précédant le vote du concordat au cours de laquelle non seulement on établira le montant du passif, mais encore et surtout on évaluera les vertus économiques de l'entreprise en difficulté.

Cette évaluation suppose de la part de tous les créanciers privilégiés ou non, une attitude « prospective ». Aux yeux de cet auteur, admettre le contraire et autoriser les créanciers munis de sûretés spéciales à poursuivre seuls l'exécution de leurs créances, serait non seulement contraire à l'esprit des textes, mais encore viderait de leur substance et de leur efficacité certaines dispositions législatives qui intègrent ces créanciers aux poursuites collectives.

Conforme nous semble-t-il, à l'économie générale de la réforme, cette doctrine s'appuie en outre sur un faisceau d'indices que recèlent les textes.

La réalisation des sûretés serait d'abord un obstacle au vote du concordat que le législateur de 1967 veut favoriser, mais bien plus, rendrait inutile l'information des créanciers chirographaires procédant de la participation des créanciers privilégiés aux procédures de concours.

D'ailleurs, s'inscrivant dans la logique de ce raisonnement, des innovations du régime mis en place par la loi du 13 juillet 1967 sont révélatrices du dessein visé.

Tout d'abord, les dispositions de l'article 507, alinéa 2 ancien, du Code de commerce ont disparu. Or, elles se justifiaient par le désir de préserver les chances d'un concordat contre les initiatives par trop

(100) Rapport de l'inspection générale des Finances : *Aspects économiques de la faillite et du règlement judiciaire*, op. p. 163.

individualistes du bailleur d'immeuble pourtant privilégié. Il faut donc interpréter cet effacement comme le signe que cette règle, qui était auparavant exceptionnelle, est devenue de nos jours de principe. La solution spéciale d'hier acquiert par là même une portée générale.

D'ailleurs, le Trésor public lui-même ne se voit-il pas astreint au respect de la suspension des poursuites (101) ? L'homologation du concordat permettant aux créanciers privilégiés de retrouver leur liberté, à moins qu'ils ne soient tenus soit par leur silence (102) prolongé durant trois mois, soit par leur volonté expresse dans les termes du pacte concordataire (103). Il faut convenir de l'harmonie de ces propositions avec la volonté réformatrice du législateur, telle qu'elle apparaît dans les travaux préparatoires.

2) *En cas de liquidation des biens*, une solution identique doit être retenue encore que justifiée par d'autres raisons. Les poursuites diligentées individuellement par les créanciers ne doivent pas conduire au désordre tellement redouté; cette crainte n'est-elle pas d'ailleurs à l'origine des procédures collectives ?

Le syndic qui est le gardien de cet ordre aura l'obligation de veiller au déroulement rapide de l'exécution; or la passivité de certains créanciers privilégiés peut être perturbatrice. C'est pourquoi le législateur a enfermé le libre exercice des poursuites dans quelques limites qui, pour laisser subsister le *principe de la priorité*, n'en comportent pas moins une certaine discipline. Le Trésor public ne pourra poursuivre la réalisation de son privilège qu'après qu'une sommation délivrée au syndic de payer les dettes fiscales sera demeurée sans effet pendant un mois (104). Inversement, mais de façon complémentaire, le créancier gagiste devra exercer son droit dans le délai octroyé par le syndic et sa carence aura pour effet de transférer ses droits à ce dernier (105). Une solution de même nature, encore que subordonnée à des conditions particulières, est applicable aux créanciers bénéficiant d'une hypothèque ou d'un privilège spécial immobilier (106).

En l'état de ces textes particuliers, que décider à l'égard des autres créanciers munis de sûretés sur le sort desquelles la loi est restée silencieuse ? Pour l'auteur de la doctrine ici analysée, que la créance soit garantie par un gage sans dépossession ou par un nantis-

(101) Art. 35, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1967.

(102) Art. 71, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1967.

(103) Art. 68, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1967.

(104) Art. 80, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1967. — DERRIDA, *op. cit.*, D. 1967, chron. p. 254, n° 14.

(105) Art. 83, alinéas 1 et 2, de la loi du 13 juillet 1967.

(106) Article 84, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1967. — DERRIDA, *op. cit.*, D. 1967, chron. p. 254, n° 16.

sement sur fonds de commerce, il verra ses poursuites momentanément arrêtées (107).

C'est ce qui résulte, selon lui, du jeu combiné de la règle suivant laquelle il est de principe que la poursuite soit suspendue en matière de procédure de concours, et des dispositions de l'article 80 de la loi. Ces dernières, ne visant qu'une certaine catégorie de créanciers privilégiés, ne devraient conserver qu'un caractère exceptionnel à l'égard du principe général et ce, quelles qu'aient été les solutions antérieurement retenues.

Ce point de vue, qui a été partagé par certaine juridiction de fond (108), ne l'a été ni par le plus grand nombre d'entre elles (109), ni par la majorité des auteurs (110).

229. — B) Plusieurs arguments sont avancés à son encontre :

La critique s'appuie tout d'abord sur la clarté des termes de l'article 35. Sans doute, observe-t-on, l'interprétation d'un texte peut-elle être téléologique lorsque le sens de ses dispositions demeure incertain, mais tel n'est pas le cas en l'espèce. On ajoute encore que s'il est vrai que les idées directrices des projets établis en vue de modifier le droit de la faillite pourraient appeler les solutions souhaitées par M. Derrida, il est tout aussi vrai de constater, en de nombreux points, *le décalage qui existe entre le texte définitif et les vœux qui se trouvent à son origine*. Ce serait dépasser le droit positif que de le méconnaître. Le nouveau régime renferme des contradictions, mais on ne saurait les surmonter en ne tenant pas compte de la clarté des textes législatifs, ce serait une source d'insécurité; insécurité d'autant plus vive en cette matière, qu'une telle démarche

(107) M. Derrida estime que le nantissement sur fonds de commerce ne doit pas cependant être pleinement assimilé au gage, cf. note sous Paris, 11 juin 1970, D. 1971, p. 169 et s. Et ce, malgré la jurisprudence de la Cour de cassation qui ne devrait plus, de nos jours, trouver application, Cass. Civ., 29 novembre 1937, D.H. 1938, p. 49.

(108) T.G.I., Toulouse, Pr. Réf. 27 mars 1968, J.C.P. 1968.II.15491, obs. S.A. ; Trib. Com. Paris, 24 mars 1969, Rev. Synd. et Adm. jud. 1969.240 ; T.G.I. Pontoise, 15 oct. 1970, D. 1971.29, note PIROVANO, Banque, 1971.306, obs. MARIN ; Colmar, 3 déc. 1970, D. 1972.149, note HONORAT, Rev. Synd. adm. jud. 1971.52, obs. PLAISANT ; Trib. Com. de Châlon-s-Marne, 5 mars 1970, D. 1971.564 ; T.G.I. Montbrison, 20 oct. 1971, D. 1972.255, note DERRIDA, Banque, 1972.629, obs. MARIN.

(109) Notamment T.G.I. Bordeaux, 4 nov. 1971, Rev. synd. adm. jud. 1972.9, note PLAISANT ; Toulouse, 5 mai 1969, J.C.P. 1970.II.16234, note S.A. R.T.D. Co. 1970.476, obs. HEMARD ; Rouen, 27 janvier 1972, D. 1972.486, note DERRIDA, Banque, 1971.491, obs. MARIN ; T.G.I. Grasse, 4 mai 1972, Gaz. Pal. 1973.I.171, note WOVEY ; Grenoble, 17 janvier 1973, D. 1973.391, note DERRIDA ; Aix, 9 janvier 1973, D. 1973.235, J.C.P. 1974.II.17602, note PERRET et MARTIN ; Grenoble, 12 novembre 1975, D. 1976.197, note DERRIDA.

(110) Notamment RIPERT et ROBLOT, *Traité*, Tome II, n° 2974. — ARGENSON et TOUJAS, *Règlement judiciaire, liquidation des biens*, Tome I, n° 418. — PIROVANO, *op. cit.*, D. 1968, p. 163, sp. p. 164 et s. — REYMOND DE GENTILE, *op. cit.*, n° 275 et s. — HEMARD, obs. R.T.D. Co. 1969.150. — HOUIN, obs. R.T.D. Co. 1969.218, et R.T.D. Co. 1973.891.

conduirait à porter gravement atteinte à des droits fondamentalement individuels. Aussi, est-il impératif pour ces auteurs que l'on n'affecte pas le droit de poursuites des créanciers titulaires de sûretés.

Au-delà de cet argument d'ordre général, il importe encore, pour saisir cette opinion doctrinale dans sa totalité, de la situer dans la double perspective du droit propre aux procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens d'une part, du droit du crédit d'autre part.

S'il est vrai que les créanciers privilégiés doivent de nos jours produire, *il faut admettre que la production n'emporte pas de plein droit la suspension des poursuites* (111). On ne saurait l'interpréter comme impliquant nécessairement l'intégration des créanciers à la masse. Il ne s'agit pas d'apprécier la situation des créanciers à quelque ordre qu'ils appartiennent, à partir des règles du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens, entendues de façon absolue; mais c'est la démarche inverse qui doit être suivie; les principes gouvernant les procédures de concours doivent varier en fonction de la nature des droits individuels des créanciers.

C'est ainsi que « dès avant la réforme, le contenu de la masse était différent selon la règle à appliquer » (112). De sorte que la production exigée de la part des créanciers munis de sûretés, ne doit pas avoir la même signification juridique que celle des créanciers chirographaires ou assimilés. Elle n'a pour objet qu'une meilleure information de la masse. Il n'y a pas, a-t-on écrit, « de contradiction entre une suspension limitée des poursuites individuelles et le désir de valoriser le concordat » (113).

D'ailleurs, lui donner un autre contenu conduirait immanquablement à porter atteinte au crédit. Car paradoxalement la crainte inspirée aux prêteurs hypothécaires, par une telle solution protectrice des entreprises en difficulté, aurait pour conséquence néfaste d'obérer les sources de crédit des entreprises en « bonne santé ». Ce dernier argument ayant, à la différence du précédent, fait la quasi-unanimité des censeurs de la doctrine de M. Derrida.

230. — C) Aussi fondées qu'elles puissent paraître, ces critiques ne doivent pas, à notre sens, faire obstacle aux perspectives ouvertes par la loi nouvelle. Certes, il faut regretter que la reprise de certaines dispositions antérieures, dont le contenu n'est pas conforme à l'esprit et à la réforme, et la hâte maladroite manifestée dans l'élaboration des textes, aient contribué concurremment à créer de multiples foyers d'incertitude, et de ce fait, laissé sans réponse rigoureuse de nombreuses questions; nul doute « qu'il appartiendrait alors au législateur de parfaire son œuvre en prenant pleinement conscience des

(11) PIROVANO, *op. cit.*, pp. 164 et 165.

(112) PIROVANO, *De la corrélation*, D. 1968, p. 163.

(113) REYMOND DE GENTILE, thèse précitée, p. 409.

idées nouvelles qu'il a consacrées en en tirant les conséquences inéluctables » (114).

Mais il reste qu'en cet état des choses, les solutions positives doivent être recherchées suivant l'orientation délibérément empruntée par le droit du règlement judiciaire et de la liquidation des biens (115).

C'est, en tout cas, la politique qu'adopte la Cour de cassation. Consacrant la proposition nuancée qu'avait pu avancer un auteur (116) pour tenter de concilier l'esprit et la lettre de la loi, la haute juridiction a, par un arrêt du 8 novembre 1973, posé la règle que : « selon les articles 40 et 42 de la loi du 13 juillet 1967, tous les créanciers privilégiés ou non doivent produire un passif du règlement judiciaire et se soumettre à la procédure de vérification; qu'il en résulte que *tant que leurs créances n'ont pas été admises*, les créanciers bénéficiant d'une sûreté spéciale, ne peuvent exercer le droit de poursuite individuelle qu'ils tiennent de l'article 35 de la loi du 13 juillet 1967 » (117).

Il est vrai que, comme l'a justement relevé un commentateur de l'arrêt, « la Cour de cassation ne prend pas parti sur la question de savoir si, en cas de règlement judiciaire, l'article 35, alinéa 1^{er}, de la loi doit être respecté à la lettre, ou bien, au contraire, s'il doit être porté atteinte aux prérogatives classiques des créanciers titulaires de sûretés spéciales, afin d'assurer la survie de l'entreprise; elle décide seulement que dans tous les cas une règle s'impose aux créanciers titulaires de sûretés réelles; ils doivent suspendre toute poursuite jusqu'à admission de leur créance » (118).

Il n'empêche que la solution retenue est significative de la doctrine qui guide désormais les choix de la Chambre commerciale. Il est regrettable toutefois que, tenue par un texte commun aux deux procédures (art. 35 de la loi du 13 juillet 1967) la haute juridiction n'ait pas opéré, s'agissant de son application, de distinction entre le règlement judiciaire et la liquidation des biens.

Or la justification de la suspension des poursuites ne peut être de même ordre dans les deux cas.

231. — En sorte que si la limite de la Cour de cassation apporte au principe de suspension s'accommode assez bien de la logique de la liquidation des biens, en dépit de certaines difficultés techniques

(114) Obs. complémentaires F.D. sous Com., 8 nov. 1973, D. 1974, p. 53 et s., sp. p. 56.

(115) Aspects économiques de la faillite et du règlement judiciaire. Rapport de l'inspection générale des Finances, *op. cit.*, *passim*.

(116) HONORAT, note sous Colmar, 3 déc. 1970, D. 1972, p. 149.

(117) Cass. Com., 8 nov. 1973, D. 1974, p. 53, note HONORAT, obs. complémentaires F.D.; R.T.D. Co. 1973.891, n° 20, obs. HOUIN. Solution confirmée. Cass. ass. Plen., 13 février 1976, D. 1976, p. 237, note DERRIDA, obs. complémentaires, HONORAT.

(118) HONORAT, note D. 1974, p. 53 et s., et sp. p. 54.

que l'on n'a pas manqué de relever (119), il n'en est pas de même s'agissant du règlement judiciaire. En effet, à l'occasion de cette dernière procédure, la suspension des poursuites devrait, à notre sens, se prolonger jusqu'au vote du concordat. Il n'est pas inutile de rappeler l'idée directrice qui a inspiré l'élaboration du système mis en place par la réforme de 1967.

Dans le règlement judiciaire, la période préparatoire s'analyse, en effet, désormais moins en une attente, un « temps mort » qu'en une phase de « projet ». Ce qui domine de fait l'institution, c'est davantage l'avenir que le présent, et c'est dans cette perspective que doivent être envisagées les solutions possibles.

« La permanence de l'entreprise » (120) doit s'imposer à *tous les créanciers, pour tous les créanciers*. Dès lors, il y aurait une contradiction fondamentale qui viderait la réforme du contenu d'un de ses éléments les plus novateurs, si devait se maintenir, pour les créanciers privilégiés, la réalisation de leurs sûretés, « l'exploitation ne peut être poursuivie, donc l'entreprise redressée, si le créancier nanti sur le fonds où le bailleur de l'immeuble exerce sa sûreté; le sort de l'entreprise dépendra non pas de ses perspectives économiques, mais de l'attitude des créanciers dont la sûreté grève les biens essentiels de l'entreprise » (121).

Le décalage, comme on le voit, serait alors *non pas formel mais réel, consacrant l'incohérence non pas de la formulation législative du système, mais du système lui-même*.

Bien que de nombreuses dispositions soient communes au règlement judiciaire et à la liquidation des biens, et exposées dans les mêmes textes, on ne saurait trop insister sur la différence de nature de ces deux procédures.

Aujourd'hui, le règlement judiciaire est, à certains égards, plus proche de la procédure de redressement préventive mise en place par l'ordonnance du 23 septembre 1967 (122) dont il ne se distingue que par des modalités, tout en participant de la même logique. La procédure d'apurement collectif de passif, peut, à nos yeux, se définir comme un règlement judiciaire *achevé*. Les tendances manifestées dans ce dernier s'y trouvent consacrées : intensification de l'interventionnisme judiciaire dans une perspective de sauvegarde économique (123). Il est alors significatif de noter que, dans le cadre de cette procédure particulière « toutes poursuites individuelles de la part des créanciers chirographaires ou de ceux dont les créances sont

(119) HOUIN, obs. R.T.D. Co. 1973, p. 891 et s., n° 20, sp. p. 895.

(120) HOUIN, *Liber amicorum Baron Frédéricq*, Tome II, p. 609 et s. ; *adde*, même auteur, obs. R.T.D. Co. 1973, p. 891 et s., sp. p. 896.

(121) Obs. F.D., sous Cass. com., 8 nov. 1973, D. 1974, p. 56.

(122) BLONDEL, in *Faillites, Le plan*, p. 366.

(123) Contre l'assimilation : cf. PIROVANO, sous T.G.I. Pontoise, 15 octobre EPBQ, D. 1971, p. 29. — HOUIN, obs. R.T.D. Co. 1973.892 et s.

garanties par un privilège, nantissement, ou une hypothèque, sont suspendues y compris celles du Trésor » (124).

Sans doute, le règlement judiciaire peut-il conduire plus aisément à des mesures d'exécution forcée contre le débiteur puisqu'il postule l'état de cessation des paiements, mais ce n'est là qu'une différence de degré et cela est si vrai que l'entreprise débitrice bénéficiant des dispositions de la procédure préventive, pourra se voir déclarer en état de règlement judiciaire dans des conditions très larges.

232. — Des observations qui précèdent, on peut dégager les conclusions suivantes :

Le fait que les créanciers soient contraints de produire n'a pas de *signification intrinsèque*. Le sens de la production est fonction à la fois de la nature du droit dont est titulaire le créancier, et de la procédure engagée à l'encontre du débiteur. De sorte que si elle se présente à notre sens principalement comme une obligation imposée *afin d'informer* les autres créanciers sans être le corollaire nécessaire de la suspension des poursuites dans certaines hypothèses (125) et emportant en revanche cette suspension dans le cadre d'une procédure de liquidation des biens, le même raisonnement ne peut être, nous semble-t-il, retenu lorsque l'on envisage la production à l'occasion d'un règlement judiciaire. *Dans ce dernier cas, elle doit s'analyser comme le signe objectif de l'intégration du créancier à la masse et comme un substitut au droit de poursuites.*

Aussi, dans cette hypothèse, la suspension devra, à notre sens, se prolonger jusqu'au vote du concordat. Ce n'est pas dire que les créanciers munis de sûretés soient exactement dans une situation identique à celle des chirographaires.

Les craintes exprimées par une partie de la doctrine et fondées sur la nécessité de protéger le crédit hypothécaire, paraissent trouver leur origine dans la confusion du droit et de l'action. Plus précisément, la collectivisation de l'action emporterait celle du droit. Or, les garanties offertes aux créanciers munis de sûretés demeurent intangibles. L'assiette du droit n'est pas modifiée. Sa spécialité est la véritable source de sécurité beaucoup plus que la possibilité d'exercer individuellement l'action attachée au droit. Sans doute la garantie du créancier privilégié ne sera-t-elle plus parfaite, mais est-ce le droit du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens, qui doit sur ce point être critiqué, ou bien le droit des sûretés qui, dans ses principes directeurs, n'a que peu évolué ?

Indépendamment des aménagements qu'il serait opportun que le législateur apporte à la loi de 1967, les solutions au problème que nous venons d'évoquer nous paraissent résider moins dans une inter-

(124) Article 16 de l'ordonnance du 23 septembre 1967.

(125) Article 55, alinéa 2, du décret du 23 décembre 1967.

prétation restrictive du caractère collectif de ces procédures, que dans une refonte prochaine et souhaitable du droit du crédit.

La jurisprudence a montré la voie en la matière lorsqu'elle a estimé « que le créancier-gagiste voit son droit de restitution transporté sur le prix de l'objet engagé, mais vendu du fait du syndic » (126). C'est la structure même du droit du créancier privilégié avec le lien renforcé qu'elle suppose entre son propre patrimoine et le patrimoine du débiteur défaillant qui constitue, à notre sens, la plus puissante *force d'opposition à l'intégration parfaite* dans l'ordre collectif. Il ne paraît pas exact de dire qu'il y a plusieurs masses distinctes (127) : mieux vaut parler du contenu variable de la masse, variabilité dont le facteur principal tient au degré plus ou moins poussé d'individualisme que comporte la structure du droit aménagé collectivement.

Seul l'élément de contrainte est ici altéré par l'admission dans le groupement, ce qui n'est pas le cas pour l'élément substantiel du droit qui ne saurait subir d'importantes transformations, il s'agit là d'une différence fondamentale d'avec la situation des créanciers non titulaires de sûretés.

Il reste que, même muni d'une garantie réelle spéciale, le créancier doit, en cette qualité, être soumis à l'emprise collective. La garantie qu'il détient ne doit plus être comme auparavant, de nature à lui permettre d'invoquer un *intérêt distinct* l'autorisant à poursuivre seul l'exécution de son droit.

Sous-Section II

LA SUSPENSION DES POURSUITES ET LES CREANCIERS JUSTIFIANT D'UN INTERET DISTINCT

233. — Le créancier dans la masse n'abandonne pas à celle-ci l'intégralité des actions en relation avec le dommage subi du fait de la cessation des paiements de son débiteur. Il n'est point contesté qu'il conserve la faculté d'agir individuellement s'il justifie d'un *intérêt distinct*. C'est un principe bien établi en jurisprudence qui l'a à plusieurs reprises affirmé : « à partir du jugement déclaratif de faillite, estime la Chambre des requêtes de la Cour de cassation dans un arrêt déjà ancien et jusqu'au jugement qui en prononce la clôture, le syndic représente la masse des créanciers et est seul investi du droit d'exercer des actions intéressant la masse sans que les créanciers puissent agir ou intervenir individuellement dans les instances

(126) Civ. Com., 22 janv. 1963, J.C.P. 1963.II.13131, Jurisprudence qui explique d'ailleurs les termes de l'art. 83, alinéa 3, de la loi du 13 juillet 1967.

(127) REYMOND DE GENTILE, *op. cit.*, p. 316.

engagées ou soutenues par le syndic, sauf à porter devant le Juge-Commissaire leurs réclamations ou leurs plaintes. *Il n'en serait autrement qu'autant que d'après la nature et l'objet de la contestation, ou en raison des circonstances de la cause, les créanciers auraient des intérêts distincts de la masse, ou invoqueraient des moyens personnels* » (128).

Est-il nécessaire de souligner l'importance de la règle ainsi formulée ? Elle permet de faire échapper le créancier à l'emprise collective; de sorte que, non seulement il se pourra que son droit d'agir ne subisse pas les effets de la suspension des poursuites individuelles, mais encore qu'il conserve sous la même condition, la faculté d'intervenir dans une instance engagée par le syndic (129) ou de former tierce opposition à un jugement opposable à la masse.

Les difficultés tiennent à sa mise en œuvre. La notion d'intérêt personnel est floue, imprécise. Elle ne peut se définir que par opposition à celle d'intérêt collectif.

Certains auteurs ont estimé qu'en l'état de la coexistence de droits aussi puissamment concurrents, on ne pouvait concevoir un authentique intérêt collectif (130). Cette doctrine ne nous paraît pas exacte. Elle reste implicitement fidèle à *une définition encore trop individualiste de l'intérêt de la masse*, qui ne serait en quelque sorte que *la somme des intérêts particuliers*.

Sans doute, la notion d'intérêt collectif est-elle fuyante et délicate à saisir (131) mais une erreur à ne pas commettre serait de lui donner un contenu uniforme. Dans le domaine du pouvoir d'ester en justice, l'intérêt collectif variera selon que les actions engagées seront dirigées contre le débiteur principal ou contre un tiers :

— Dans la première hypothèse, l'intérêt collectif absorbe presque totalement l'intérêt de chacun des créanciers. Ceux-ci ne pourront agir individuellement que dans la mesure où ils ne sont pas, à proprement parler, dans la masse. Ainsi, la suspension des poursuites individuelles ne frappera pas l'action en nullité d'un contrat, fondées sur une cause de droit commun (132) ni l'action en revendication (133).

— En revanche, dans la seconde hypothèse, l'intérêt collectif laisse survivre l'intérêt distinct des créanciers. Il s'agit de savoir dans quelles conditions et suivant quelles modalités.

(128) Cass. Req., 10 novembre 1890, D.P. 1892.I.8, Paris, 21 novembre 1906, S. 1907.I.158, Com., 20 avr. 1950, Bull. civ. II, p. 87, n° 27 ; Paris, 6 juillet 1966, D. 67, p. 169.

(129) Poitiers, 24 juillet 1922, D.P. 1923.2.180 ; Paris, 16 février 1933, D.H. 1933.226, cité par HOUIN, in « Encyclopédie Dalloz », V. *Faillite, Règlement judiciaire*, n° 1510.

(130) LAMBERT, *op. cit.*

(131) Note GRANGER, sous Cass., 16 janvier 1956, précité.

(132) Req. 21 mai 1905, D.P. 1910, S. 1911.I.514.

(133) Civ. 23 juillet 1938, *Journal des faillites*, 1938, p. 178.

C'est indirectement le problème du contenu du patrimoine de la masse des créanciers qui se trouve être posé (134). Quels sont les droits et intérêts que celle-ci a pour objet de faire valoir ?

Un premier point ne semble pas devoir faire difficulté. L'accord est unanime pour considérer que, s'agissant des actions dirigées contre les tiers, la masse a tout d'abord un intérêt qui, paradoxalement, ne sera pas défini par référence au patrimoine des créanciers, mais à celui du débiteur principal.

Ce qui sous-tend le droit d'ester en justice de groupement, dans cette hypothèse, c'est la nécessité dans laquelle se trouve le syndic de restaurer l'actif du patrimoine de ce dernier « ceux-ci (les créanciers) sont représentés par le syndic qui est seul investi du droit d'exercer toutes les actions qui intéressent la masse et qui ont pour but d'augmenter l'actif et de diminuer le passif » (135).

L'intérêt collectif correspond donc ici au souci d'augmenter le gage commun des créanciers mais non pas immédiatement leur patrimoine (136).

234. — Mais le droit d'agir de la masse, à l'encontre des tiers se limite-t-il à cet unique objet ? Autrement dit, peut-on concevoir qu'elle ait également un intérêt propre dont le contenu serait défini par référence immédiate au patrimoine des créanciers qui en sont membres ? La question est délicate et mérite d'être précisée dans ses données.

Un premier point doit être écarté : en tant qu'elle est dotée de la personnalité juridique, il est incontestable que la masse peut, à l'occasion de son activité, souscrire des obligations et acquérir des droits vis-à-vis des tiers (137). Mais là ne réside pas le problème qui fait difficulté (137).

Il est de savoir si le groupement en tant que tel est habilité à poursuivre (le plus souvent en responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle) un tiers dont le comportement fautif antérieur au prononcé du jugement déclaratif a causé aux créanciers qui en sont membres, un préjudice que les procédures collectives ont révélé.

(134) CABRILLAC, note sous Com., 27 oct. 1964, D. 1965.129. — HOUIN, note sous Com., 17 janv. 1956, D. 1956.265. — HONORAT, *La masse des créanciers*, Jurisclac., liquidation des biens, fasc. E 10 ; même auteur : *La masse des créanciers*, in *Mélanges Audinet*, p. 227 ; note sous Com. 273.1972, Rev. soc. 1974, p. 87. — LUCAS, *Le patrimoine de la masse des créanciers*, R.T.D. Co. 1969.891. — PIROVANO, note sous Com., 9 juin 1969, D. 1970, p. 106 ; même auteur, note sous Com., 2 avril 1972, D. 1972.618.

(135) Trib. Com. Seine, 24 fév. 1931, Gaz. Pal. 1931.2.228.

(136) PERCELOU et DESSERTAUX, *Faillite et banqueroute*, 2^e édition, Paris 1935.I., n° 244, II, n° 749. — HOUIN, *Encyclopédie*, Dalloz, Tome II, V. *Faillite*, *Règlement judiciaire*, n° 1469 et s.

(137) LUCAS, *op. cit.*, p. 898, n° 14.

Il est d'autant plus malaisé de répondre à cette interrogation que le plus souvent le tiers incriminé est également créancier *dans la masse* (138).

235. — 1) Si l'on adopte une conception étroite de l'intérêt collectif, respectueuse des principes classiques, il ne semble pas possible de l'admettre. On fait valoir dans ce sens que le groupement des créanciers ne peut agir que pour reconstituer l'actif de patrimoine du débiteur, et non pas celui du créancier et qu'au surplus, il ne peut être en mesure d'invoquer le bénéfice de droits qui existaient dans leur principe avant qu'il existât lui-même : « la masse, relève un auteur, doit permettre à ses membres de recevoir le paiement de ce qui leur est dû par le débiteur, et non pas d'agir en responsabilité contre un tiers afin d'obtenir réparation d'un préjudice qu'ils avaient subi avant même sa naissance » (139). De ce raisonnement on tire deux séries de conséquences : *positives d'une part*, le syndic sera habilité avec certitude à attaquer au nom de la masse, les actes passés en fraude des droits des créanciers, et tendant à détourner un bien du débiteur ou à favoriser un autre créancier. C'est le jeu normal de la théories des inopposabilités. De même, et en dehors de toute collusion condamnable, la masse annexera les droits et actions dont le débiteur, serait lui-même titulaire à l'encontre de tiers, ayant contracté des obligations à son égard. *Négatives d'autre part*, la masse ne pourra en aucune façon se prévaloir des droits et actions appartenant à ses membres, quand bien même leur mise en œuvre serait-elle liée aux procédures de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, à l'exception des actions qui normalement dirigées contre le débiteur, seront frappées par la règle de la suspension des poursuites.

C'est cette analyse que devait retenir la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 9 octobre 1974, suivant lequel : « il n'appartient pas aux syndics d'introduire au nom et pour l'ensemble des créanciers formant la masse contre un créancier admis au passif de la procédure collective une action en responsabilité dont l'exercice individuel n'est pas suspendu et que chacun des créanciers dans la mesure où il est personnellement fondé à se plaindre, reste libre d'intenter en vue d'être entièrement indemnisé de son préjudice » (140).

En établissant une corrélation entre la suspension des poursuites, et le droit d'agir du syndic, cette décision a indirectement donné une définition stricte de l'intérêt propre de la masse. Elle ne pourra, en principe, agir contre un tiers, qu'en vertu des droits du

(138) PIROVANO, note sous Com., 2 avril 1972, D. 1972.618.

(139) DERRIDA, note sous Com., 27 mars 1973, D. 1973.577.

(140) Rev. Soc. 1975, p. 245, note HONORAT, J.C.P. 1975.IV, n° 6502, p. 109, obs. J.A. ; *adde*, Com. 19 mars 1974, Bull. IV, p. 79, n° 98, D. 1975, p. 124, note SORTAIS.

débiteur, et non pas de ses membres. Mais la règle qui s'inscrit dans une ligne d'une orthodoxie rigoureuse, n'a cependant pas toujours été invoquée pour rejeter l'action collective.

2) La Cour de cassation s'est également orientée dans une autre direction. Ainsi, a-t-elle formulé, dans plusieurs arrêts le principe suivant lequel : « le syndic n'a qualité pour agir en responsabilité contre un tiers dont les agissements auraient permis à un commerçant d'exercer ou de poursuivre une activité dommageable pour ses créanciers, que si ces agissements ont été la source d'un préjudice subi pour tous les créanciers dans la masse » (141).

En d'autres termes, selon cette doctrine, l'intérêt de la masse s'identifierait à la somme des intérêts individuels des créanciers qui la composent. A la vérité, elle transpose à la masse le raisonnement qu'elle applique en règle générale, aux associations dites de « défense » (142). C'est dire que par rapport à la conception précédente elle élargit la notion d'intérêt collectif, mais qu'elle lui donne un contenu foncièrement individualiste.

Si comme nous l'avons précédemment montré à propos des associations (143), le principe de l'absorption par un groupement du droit d'agir appartenant à ses adhérents n'est pas *a priori* condamnable, on ne voit pas, cependant sur quelles bases juridiques, on peut justifier que la masse qui est un groupement légal, à caractère judiciaire prononcé hybride par nature, peut devenir une sorte d'association de défense.

Au demeurant, à cet argument théorique, on peut encore ajouter une considération critique d'ordre pratique, non négligeable. Le plus souvent, nous l'avons précédemment relevé, le tiers incriminé appartient lui-même à la masse. En sorte que de ce seul fait, la règle ainsi dégagée par la Chambre commerciale est vidée de toute efficacité; l'action collective se trouvant nécessairement paralysée; ce qui a généralement pour effet second de décourager les initiatives individuelles des créanciers ayant subi un préjudice.

236. — 3) Sous l'éclairage de ce qui précède, on retiendra, que ce qui caractérise la doctrine classique, comme les solutions que renferment les arrêts que nous avons signalés, c'est que l'une et l'autre restent attachées à une définition étroite du contenu de la personnalité juridique de la masse. Cette conception procède d'une vision des procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens, dominée par l'idée traditionnelle de concurrence, voire d'antagonisme, entre les créanciers du débiteur défaillant; elle demeure étran-

(141) Cass. Com., 2 mai 1972, D. 1972.618, note PIROVANO ; J.C.P. 1972.II. 17170, note J.A., R.T.D. Co. 1972.974, n° 7, obs. CABRILLAC et RIVES, anges ; Com., 5 janvier 1973, D. 1973.577, note DERRIDA.

(142) *Supra*.

(143) *Supra*.

gère à celle « d'intégration » de leur droit et de « solidarité économique » qui peut exister entre eux. Or, s'il est vrai que cet aspect subsiste, de nos jours encore, il est également incontestable qu'un courant de sens inverse les traverse; et c'est précisément là l'apport essentiel de la réforme de 1967.

Il faut, à ce sujet, comme en d'autres, tirer les conséquences de leur « collectivisation » plus prononcée. Spécialement, elle a pour effet d'intensifier les liens existant non seulement entre le créancier et son débiteur, mais à travers ceux-ci existant entre les créanciers eux-mêmes.

Dans le prolongement de cette analyse, il est naturel — et des auteurs l'ont fort bien mis en évidence (144) — que la masse acquiert, plus d'autonomie par rapport à ses membres qu'elle n'en avait auparavant. Les effets de sa personnalité juridique interne comme externe tendent à se développer et à se diversifier. Du même coup la consistance de son patrimoine se trouve être accrue.

Dès lors relativement à la question présentement débattue, il n'est pas illogique de concevoir comme un auteur l'a suggéré (145) que la masse soit susceptible de subir en tant que telle un préjudice du fait du comportement fautif d'un tiers, sans que ses membres soient corrélativement et systématiquement privés de leur propre droit d'agir.

C'est cette doctrine que semble avoir consacré la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 7 janvier 1976 qui rejoignant la position adoptée quelques temps auparavant par la 1^{re} Chambre civile (146), déclare recevable l'action en dommages-intérêts, exercée à l'encontre d'un tiers fautifs par le syndic (147). Pratiquement, cette solution fait échec à cette sorte « d'immunité de fait » dénoncée par la plupart des auteurs (148) que créait au profit du tiers fautif l'irrecevabilité de cette action.

Théoriquement ensuite, elle s'appuie sur la reconnaissance d'un intérêt collectif véritable de la masse des créanciers distincts des intérêts individuels de ses membres.

Par là, la ligne retenue par la jurisprudence, s'inscrit bien dans la perspective dans laquelle, il convient désormais de placer les procédures de concours. Nous avons précédemment relevé que les nouveaux textes ont accusé leur caractère collectif. En s'interrogeant sur

(144) LUCAS, *op. cit.*, *passim* : HONORAT, note sous Com., 27 novembre 1972, Rev. Soc. 1974.87.

(145) HONORAT, note sous Com., 27 nov. 1972, Rev. Soc. 1974.87.

(146) Civ. 1^{re}, 25 avril 1974.

(147) Com. 7 janvier 1976, J.C.P. 1976.II.18327, note GAVALDA et STOUFFLET, D. 1976.277, note DERRIDA et SORTAIS. — VASSEUR, Banque, 1976.367. — GHESTIN, *La prophétie réalisée*, J.C.P. 1976.I.2786.

(148) PIROVANO, note sous Com., 9 juin 1969, D. 1976.106, s. Com., 2 mai 1972, D. 1972.618. — GAVALDA, note sous Aix, 2 juillet 1970, J.C.P. 71.II.16688. — SORTAIS, note sous Com., 19 mars 1974, D. 1975.124. — HONORAT, note sous Com., 9 octobre 1974, Rev. Soc. 1975, p. 247.

la signification de ce phénomène, on a pu conclure qu'il tenait à la transformation de leur esprit.

Autrefois dominées par l'idée de concurrence des créanciers à l'occasion de l'exécution du débiteur, ces procédures tendent davantage à réaliser par une égalité réelle, la solidarité économique qui existe, à *l'état latent*, à *travers l'entreprise* du débiteur défaillant, entre les créanciers eux-mêmes. Cette transformation qui repose sur la prise en considération de l'identité de situation économique des créanciers emporte pour conséquence « l'élargissement des pouvoirs de la masse » (149). Il importe en effet pour son représentant non seulement de faire en sorte que soit rétabli dans son intégrité l'actif du patrimoine du débiteur, mesure qui procède de l'idée traditionnelle de l'exécution collective de ce dernier, mais encore d'obtenir réparation du préjudice collectif causé par le fait de tiers, — le plus souvent créancier — n'ayant pas loyalement ou normalement respecté la règle du jeu des affaires commerciales (150).

Le syndic doit donc pouvoir agir à l'égard du tiers, au nom d'un intérêt collectif véritable, propre à la masse qui ne s'identifie pas aux intérêts particuliers de ses membres. C'est le sens de la jurisprudence de la Cour de cassation. En sorte que si l'intérêt collectif fonde nécessairement l'action du syndic (a) il n'exclut pas forcément l'action individuelle des créanciers (b).

a) *L'intérêt collectif fonde l'action du syndic.*

237. — L'intérêt collectif a été présenté comme constituant « le critère de l'autonomie du patrimoine de la masse à l'égard de l'ensemble des créanciers, de ceux surtout qui se trouvent dans la dépendance de ce dernier » (Lucas, *op. cit.*, p. 893, n° 4). Ainsi, la reconnaissance d'un intérêt propre à ce groupement serait à la fois la cause et la conséquence de sa personnification. Dès lors, c'est du principe de la personnalité morale de la masse, mais encore de son étendue que dépend la recevabilité de l'action du syndic.

— Affirmée par l'arrêt du 17 janvier 1956 (151), et implicitement consacrée par la loi du 13 juillet 1967 (152), la personnification de la masse a suscité les réserves d'une partie de la doctrine pour qui elle ne serait pas nécessaire pour atteindre des résultats que la simple mise en œuvre des dispositions légales permettrait d'obtenir.

(149) LUCAS, *op. cit.*, p. 895, n° 9 ; adde, DERRIDA, *La situation de la masse des créanciers par rapport au débiteur dans les procédures collectives*, R.T.D. Co. 1976, p. 1.

(150) BRUNET, *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, Thèse Nancy, 1973.

(151) Com., 17 janvier 1956, J.C.P. 1956.II.9601, note GRANGER ; D. 1956.265, note HOUIN.

(152) Art. 13, al. 1.

L'observation apparaît *a priori* d'autant plus fondée qu'il est malaisé de mesurer avec exactitude le degré d'autonomie du patrimoine de la masse non seulement par rapport à celui de ses membres, mais encore à l'égard du débiteur, et par là d'en déterminer avec précision le contenu. Si bien qu'il serait impossible de retrouver dans ce groupement — au demeurant légal — les traits caractéristiques des groupements personnifiés.

Ce raisonnement repose sur une approche unitaire du concept de personne morale. Il postule que le principe de personnification emporte des effets toujours identiques dans leur nature, et constants dans leur force.

Mais cette analyse traduit-elle fidèlement l'état actuel du droit de la personnalité morale ? En fait, son examen révèle qu'il est dominé par deux traits : la diversité des groupements personnifiés, la variabilité des effets attachés au principe de personnification.

C'est que la personnalité morale, doit, à notre sens, être envisagée comme étant une technique (153) dont la qualité et la portée des conséquences sont fonction de l'objet et de la finalité de l'entreprise collective qui la sous-tend. Concrètement certaines solutions positives doivent être tirées davantage de la logique propre à chaque personne morale, que de la logique du principe de personnalité morale, en lui-même.

C'est à partir de la finalité d'un groupement que l'on peut trouver la justification tout à la fois de sa personnification et des limites apportées aux effets de celle-ci (154).

La masse des créanciers doit être replacée dans cette perspective. C'est son but qui gouverne l'étendue des effets de sa personnification. Dès lors on observera que si elle est certainement dotée d'un patrimoine propre (155) le contenu de celui-ci et les limites de son autonomie ne peuvent être déterminées que relativement à ce but. Il reste que ce but est mal défini ; ambigu, il est susceptible d'être envisagé d'une double manière. On peut en avoir une vision stricte. La raison d'être de la masse résiderait uniquement dans la reconstruction, la gestion, la liquidation du patrimoine du débiteur. Autrement dit, les pouvoirs reconnus au syndic, ne seraient définis que par référence au seul patrimoine de ce dernier. Dans une conception plus large à l'inverse, on ajoute à cet objet classique celui de « mettre à contribution ceux qui sont responsables de l'accroissement du passif » (156). S'agissant du problème présentement examiné, l'option entre l'une ou l'autre de ces conceptions comporte des conséquences importantes.

(153) *Supra.*

(154) *Supra.*

(155) LUCAS, *op. cit.*, *passim*.

(156) BRUNET, thèse, p. 142, n° 10.

Que l'on retienne la première d'entre elles et la personnalification de la masse n'apparaît pas nécessaire. C'est de la loi que le syndic tire les pouvoirs qui lui permettent d'atteindre le but étroitement entendu des procédures collectives; en conséquence, ses prérogatives ne sauraient aller au-delà des limites légales. Si en revanche, on consacre le second terme de l'alternative, c'est la solution inverse qui s'impose. La reconnaissance de la personnalité morale de la masse se révèle indispensable. Le syndic agit alors en vertu de pouvoirs qu'il tient moins de la loi elle-même que de l'obligation qu'il a d'assurer la défense des intérêts collectifs.

Il faut convenir que cette façon de voir, plus conforme à la philosophie des nouvelles procédures de concours peut encore s'appuyer sur la jurisprudence. Si bien que certaines prérogatives reconnues à la masse et à son représentant par la loi apparaissent davantage comme le signe légal de la reconnaissance de la personnalité morale, que comme celui de sa négation.

Ainsi a-t-il été jugé notamment que : « le dessaisissement consécutif à la mise en liquidation des biens, ne constitue pas une incapacité et profite seulement à la masse » (157). De la même façon, s'agissant de la sanction des actes accomplis pendant la période suspecte, la Chambre commerciale de la Cour de cassation les déclare « inopposables à la masse » (158).

On a justement fait remarquer à ce sujet que « l'acte attaqué au titre des inopposabilités de la période suspecte continue de produire tous ses effets à l'égard du débiteur qui l'avait passé, et c'est seulement à l'égard de la masse qu'il devient inefficace. Aussi comprend-on que le profit de l'action tombe non pas dans le patrimoine du débiteur mais bien dans celui de la masse » (159).

Au surplus, cette analyse est en harmonie avec une jurisprudence qui dépassant les problèmes de terminologie révèle la réalité de l'autonomie patrimoniale de la masse. Ainsi, la compensation entre la dette née de la faute d'un tiers envers la masse avec la créance de ce tiers n'est pas possible (160).

Plus explicite encore, est l'arrêt rendu par la Chambre commerciale, le 27 octobre 1964 (161), en vertu duquel, les sommes versées par l'administrateur d'une société condamné en cette qualité à combler l'insuffisance de l'actif social entrent « dans le patrimoine de la masse, et non dans celui du failli ». Si bien que « le créancier

(157) Aix, 14 mars 1974, Banque, 1975.431.

(158) Com., 11 février 1970, Bull. Civ. IV, n° 56, p. 53 ; D. 1971.450, 2^e esp., note M.T. RIVES-LANGES, R.T.D. Co. 1971.494, n° 62, obs. HOUIN ; *adde*, BRUNET, thèse précitée, p. 147, n° 149. — SORTAIS, note sous Com., 19 mars 1974, D. 1975.125.

(159) SORTAIS, note précitée, p. 125.

(160) Com., 6 novembre 1968, J.C.P. 1968.II.15759, R.T.D. Co. 1975, op. n° 2.

(161) D. 1965.129, note CABRILLAC.

bénéficiaire d'un privilège général sur les biens meubles de la société débitrice ne peut exercer son privilège sur les sommes qui n'ont jamais fait partie du patrimoine de la société débitrice ».

On sait que le régime de l'action visée à l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 participe de cette logique. Le syndic qui seul est, en principe, investi du pouvoir d'agir, ne l'exercera que pour obtenir réparation du préjudice de la masse, lequel ne peut se confondre avec les intérêts particuliers de chacun des créanciers dans la masse.

D'aucun ont pu prétendre que le syndic ne pouvait agir dans ce cas, que parce que la loi l'y autorisait expressément. En d'autres termes, la règle d'origine législative ne permettait pas de dégager un principe général d'action du syndic, à l'encontre d'un tiers fautif.

Mais l'argument se heurte à une double objection : d'une part l'examen de la jurisprudence fait apparaître que la recevabilité de l'action de la masse a été étendue à d'autres hypothèses, que celles visées par la loi. La Cour de cassation n'a-t-elle pas admis que le syndic est recevable à agir à l'encontre d'un associé d'une S.A.R.L. en état de faillite qui a sous-évalué son apport, alors même que cet associé est créancier dans la masse (162) ? Que la responsabilité des associés dans cette circonstance procède davantage d'une obligation légale de garantie, que d'une faute délictuelle, n'affecte pas, comme on a pu l'observer, les termes du problème (162 bis).

D'autre part, suivre le raisonnement proposé, serait contraire à la logique même de la solution de l'arrêt du 27 octobre 1964. Ce n'est pas parce que le syndic est seul autorisé à agir que les sommes obtenues en réparation tombent dans le patrimoine de la masse, mais l'inverse. C'est parce qu'il y a préjudice collectif que seul le syndic peut agir. Autrement dit, s'agissant de l'action en comblement de passif, la loi consacre une conséquence plus qu'elle ne constitue une cause. A partir de là, il importe de mener le raisonnement jusqu'à son terme et poser en règle générale que dès lors que l'on constate l'existence d'un préjudice propre à la masse du fait d'un tiers, l'action de son représentant tendant à obtenir réparation, doit être déclarée recevable, sans pour autant que l'action individuelle des créanciers soit nécessairement exclue.

*b) L'action individuelle des créanciers
n'est pas nécessairement exclue.*

238. — On observera au préalable que toutes les fois que le créancier peut engager individuellement une action à l'encontre d'un tiers, il ne le fait pas en toute hypothèse en vertu d'un intérêt privatif par-

(162) Com., 27 novembre 1972, Bull. Civ. IV, n° 306, p. 285, Rev. Soc. 1974, 87, obs. HONORAT.

(162 bis) HONORAT, Rev. Soc. 1974, *op. cit.*, p. 88.

ticulier. Il arrive qu'il exerce l'action en qualité de dépositaire de l'intérêt collectif.

On sait, notamment, qu'il partage avec le syndic la faculté de mettre en mouvement l'action paulienne (163). C'est un moyen de pallier la carence de celui-ci. Mais il est remarquable que dans ce cas, le créancier se trouve investi du pouvoir d'exercer isolément, *ut singuli*, une véritable action collective. Cela est si vrai que « c'est à la masse des créanciers que son résultat doit profiter, compte tenu de ce principe de l'unité et de l'indivisibilité de la faillite » (164).

Si bien que le droit qui lui est ainsi reconnu, loin d'établir la survivance d'intérêts privatifs au sein de l'ordre collectif, alimente au contraire, la démonstration de l'existence d'un intérêt propre au groupement.

Il reste que l'ordre collectif n'absorbe pas tous les intérêts individuels. Le créancier peut agir concurremment avec le syndic à l'encontre du tiers fautif, mais en se prévalant d'un intérêt particulier, distinct. L'action est alors parfaitement individuelle.

239. — Il est vrai que si l'on s'oriente dans cette direction, le problème se posera de préciser quel est le critère à retenir pour déterminer l'intérêt distinct des créanciers. C'est, à notre sens, *en termes de causalité* qu'il importe de le poser.

En effet, la cessation des paiements du débiteur constitue *un état dommageable*, c'est-à-dire une situation obérée durable résultant du jeu conjugué de plusieurs facteurs : conjoncture économique défavorable du secteur dans lequel l'entreprise développe son activité, faute de gestion de ses dirigeants, *défaillance ou comportement fautif des tiers*. Cet état s'impose à tous les créanciers dans la masse, chacun en subissant un préjudice individuel, mais général et non pas spécial. Cette généralité, qui suppose une identité de condition économique des créanciers, est la justification même du principe d'égalité entre eux.

En sorte que l'aggravation de cet état, dû à la faute d'un tiers, fût-il également créancier dans la masse, doit légitimer la recevabilité d'une action collective propre à celle-ci (165).

En revanche, dès lors que de la faute du tiers, résulte un *préjudice* pour quelques-uns, voire pour chacun des créanciers, que l'on

(163) Req. 4 mai 1910, S. 1912.I.561, note BOURCART, Civ. 18 déc. 1922, D. 1925.I.233.

(164) SORTAIS, note sous Com., 19 mars 1974, D. 1975.124, p. 127, citant Req., 29 juillet 1908, D. 1910.I.409, Rapport DENIS et note PERCEROU.

(165) C'est cette analyse qui semble avoir dicté la jurisprudence de la Cour d'Appel Paris. V. notamment, Paris, 26 mai 1967, J.C.P. 1968.II.155518, note SROUFLET, arrêt qui énonce : « toute personne qui a permis à un failli de conserver un crédit apparent et fictif et de prolonger sa vie commerciale en aggravant son passif est responsable du préjudice qu'elle a causé à la masse non seulement par ses actes frauduleux mais aussi par ses négligences... »

peut, par des éléments de fait, *isoler dans son origine et dans ses exactes conséquences individuelles*, ce préjudice affecterait-il le patrimoine de tous les créanciers, ne saurait être considéré comme étant collectif « l'action individuelle en responsabilité et en dommages et intérêts affirme en ce sens la cour d'appel de Douai, contre le Président-Directeur général d'une société, est recevable, lorsque le créancier invoque une faute du Président-Directeur général dont il a été personnellement victime et un préjudice qui lui est propre » (166).

En l'absence de la preuve de cette *causalité spécifique*, l'action du créancier devrait être soumise à l'application du principe de suspension des poursuites, le défaut d'intérêt distinct lui interdisant d'échapper à l'emprise collective.

SECTION III

LA NOTION D'INTERET PARTICULIER

240. — De la diversité des situations juridiques que nous avons rencontrées, il paraît opportun de tirer quelques enseignements relativement aux effets de la personnalité morale sur le droit d'agir de ses membres.

Dès lors qu'un groupement est personnifié, il acquiert, par là même, la faculté d'ester en justice. *La qualité qui lui est reconnue est très intimement dépendante de son intérêt pour agir qui doit être propre et collectif.*

Mais celui-ci peut être plus ou moins proche de l'intérêt individuel de chacun de ses membres. Lorsqu'il en est totalement distinct, chacun de ceux-ci, dans le principe, conserve l'entière possibilité d'agir individuellement. C'est dire que de ce point de vue, l'ordre collectif est encore largement « perméable » aux données de l'individualisme classique (167). En revanche, lorsque l'un et l'autre interfèrent, se définissant par rapport à une même référence, les difficultés surgissent.

Il en est de la sorte lorsque la personne morale a pour objet, non pas d'aménager collectivement *l'activité* personnelle de ses membres mais un *droit subjectif* précisément déterminé.

Quid du droit d'agir des membres du groupement dans ces conditions ? La réponse est diversifiée : l'intérêt collectif pourra parfois

(166) Douai, 24 janv. 1969, Trib. com. de Lille, 29 janv. 1968, *Journal des agrées* 1969.229, *adde*, dans le même sens, Paris, 10 juin 1963, *Journal des administrateurs et syndicts*, 1964, p. 32.

(167) Voir *supra*.

s'identifier totalement à l'intérêt individuel. Dans ce cas, l'adhérent perd purement et simplement toute faculté d'action; encore qu'elle ne nous ait pas retenu à titre principal, il n'est pas inutile d'évoquer ici, pour illustrer ce premier type de situation, l'impossibilité dans laquelle se trouve l'obligataire d'agir directement à l'encontre de son débiteur (168).

241. — Mais le plus souvent, l'annexion des actions individuelles par le groupement ne sera pas totale. C'est dans ces conditions que simultanément à la disparition du concept *d'intérêt individuel*, se fait jour celui d'intérêt distinct (quelquefois personnel) qui est spécifique au droit de la personnalité morale et qui, à ce titre, mérite une attention particulière. Il recèle, en effet, en lui-même, la reconnaissance d'un ordre collectif véritable et les limites auxquelles celui-ci se heurte.

Sa définition permet de circonscrire une zone à l'intérieur de laquelle survivra *l'individualisme* irréductible, attaché à certaines actions liées au droit subjectif de référence.

Mais si son effet principal est constant, à savoir qu'il justifie la recevabilité d'une action en dépit de l'appartenance de son titulaire à une collectivité personnifiée, son contenu, quant à lui, est variable.

Il peut être largement ou étroitement entendu. Dans le premier de ces cas, le membre du groupement dispose, malgré la personification de celui-ci, d'un faisceau d'actions nombreuses et diversifiées (copropriétaires), tandis que dans le second, la personne morale annexe la presque totalité des actions qui lui appartiennent.

Ce qu'il importe de souligner au demeurant, c'est que l'intérêt distinct dépend de façon inégale du droit subjectif exercé dans l'ordre collectif.

— Dans la masse des procédures de règlement judiciaire ou de liquidation des biens par exemple, la preuve d'un intérêt distinct établit plus que l'existence d'un simple intérêt pour agir, elle suppose du même coup celle d'un droit de créance qui, du fait de circonstances particulières, échappe à l'emprise de la personne morale. *On pourrait dire que la notion d'intérêt particulier est, en quelque sorte, en cette matière, « extérieure » à la collectivité.*

— Au contraire, pour se détacher de l'intérêt propre au groupement, l'intérêt particulier du copropriétaire se définit par référence à la nature du droit dont il est titulaire, et qui demeure, quant à lui, *à l'intérieur de l'ordre collectif.*

Quelles sont les causes de cette diversité ?

(168) Voir également pour les groupements de porteurs de parts de fondateurs, Cass. Com., 23 mai 1962, Bull. Civ. 1962.III.285 ; Paris, 9 décembre 1964, J.C.P. 1965.II.14203, Rev. soc. 1965.287.

Le concept d'intérêt particulier n'a pas d'originalité intrinsèque invariable. Il est doublement dépendant de l'objet du groupement et surtout de la nature du droit de ses membres qui, l'un et l'autre, seront fonction de l'élément substantiel du droit subjectif.

TITRE II

Personnalité morale et élément substantiel du droit

242. — Le principe de personnification des groupements emporte, du point de vue de ses effets internes, en corollaire, celui de l'avènement d'un ordre collectif dont la logique du fonctionnement échappe aux mécanismes juridiques du droit commun.

Mais le trait caractéristique et commun aux personnes morales, objet de l'étude entreprise dans cette seconde partie, réside dans le fait qu'*a priori*, la personnification n'a pas d'effet sur la nature du droit des membres qui reste identique à celle du droit de référence initiale.

243. — Il n'est pas inutile, à ce stade de la démonstration, de rappeler que le droit subjectif se présente, dans le cadre des catégories classiques, comme la résultante d'un faisceau de composantes dont le jeu conjugué fait de ce droit « une aire de souveraineté individuelle » (1), assurant à son titulaire la plénitude d'une utilité économique ou sociale.

Cependant, un élément parmi les autres est essentiel puisqu'il en exprime juridiquement l'utilité principale et concrète (jouissance d'un bien dans le droit de propriété, *vinculum juris* dans le droit de créance, activité individuelle dans laquelle est engagée la personnalité elle-même).

C'est de cet élément que procède sa nature juridique, il renferme un individualisme irréductible et intangible qui fait obstacle au déve-

(1) CARBONNIER, *Droit civil*, Tome I, n° 40, p. 135, éd. 1967.

loppement des effets internes de la personnalité morale. Car ils ne sauraient affecter cette composante fondamentale sans remettre en question la signification même du droit, et au-delà le sens du groupement.

La personne morale serait « déviée » de sa finalité qui est, précisément, soit de favoriser la jouissance d'un droit privatif relativement à un bien collectif, soit d'assurer la défense d'un droit ou d'une condition individuelle par un procédé collectif. La personnification perdrait sa raison d'être.

Inversement, et de façon tout aussi impérieuse, le droit subjectif des membres, de ce type de personne morale, ne peut conserver la totalité des attributs et des qualités qui lui seraient attachés en dehors de toute intégration à un groupement. S'il devait en aller de la sorte, il s'ensuivrait, une *coexistence parfaite* de droit exclusive de *réalité collective*, ce qui viderait le principe de personnalité morale de sa substance et donc de son efficacité.

Si bien que, aussi perméable qu'il puisse être aux données de l'individualisme classique, l'ordre collectif né de la personnalité morale interne n'y sera totalement jamais soumis. *L'idée de personification contient, ne serait-ce qu'en germe, une vertu génératrice d'un système spécial dont la logique de fonctionnement ne participe pas de la logique du système général.*

Aussi bien de la même façon que nous avons pu constater que l'apport en société n'impliquait pas un véritable transfert synallagmatique de droit, mais une transformation substantielle du droit relatif au bien apporté, nous observons ce même phénomène dans les personnes morales qui nous retiennent présentement, encore que bien évidemment, il se manifeste ici, avec une intensité d'un degré moindre.

Cela se vérifie à deux égards : d'une part, l'avènement d'un véritable pouvoir normatif de la personnalité morale (2) porte atteinte au libre *exercice du droit* (Chap. I^{er}) ; d'autre part, le développement des effets internes de la personnalité morale s'accompagne du renforcement de son pouvoir de transformation qui affecte alors la *structure même du droit* (Chap. II).

Certes, ce ne sont là que deux aspects intimement liés entre eux d'une même réalité mais on peut cependant, dans un souci didactique, les dissocier.

Il reste que ces deux phénomènes contiennent des rapports dynamiques et antagonistes entre intérêt individuel et intérêt collectif qu'il s'agit de surmonter en se référant à l'objet et à la finalité du groupement.

(2) ROUJOU DE BOUBÉE, *op. cit.*, p. 264 et s.

CHAPITRE PREMIER

Le pouvoir normatif de la personnalité morale et les aménagements relatifs à l'exercice du droit.

244. — Nous avons, au début de cette étude, entrepris de démontrer que la volonté juridique n'est pas *une et indivisible*, et que, s'agissant de la volonté individuelle des membres d'un groupement, il fallait opérer une distinction entre la volonté qui préside à sa formation d'une part, et d'autre part, la volonté qui, s'exprimant tout au long de la vie collective, se présente comme l'élément moteur de l'exercice d'un droit individuel dans l'ordre collectif (1).

Il est remarquable que ce soit cette dernière que le principe de personnification affecte directement. Il ne paraît pas exact de rattacher cet effet interne de la personnalité morale à une relation de type contractuel, qui s'établirait, soit entre elle-même et les membres, soit entre les membres eux-mêmes. C'est un fait constant que le membre d'un groupement n'est jamais tiers par rapports à celui-ci; dès lors, il semble difficilement possible de ramener la relation individuel-collectif à une relation de type interpersonnel.

Mieux vaut s'orienter dans une direction plus en harmonie avec les faits. Dans cette perspective, il faut considérer que c'est de l'avènement d'un véritable ordre collectif né de la personnification du groupement que procèdent les atteintes portées au libre exercice du droit.

Cela est si vrai que les mesures décidées collectivement, qui renferment de telles limites à la libre initiative individuelle, ont un caractère abstrait et une portée générale, en ce sens qu'elles touchent indistinctement tous les membres du groupement.

(1) *Supra*.

C'est le pouvoir normatif de la personnalité morale.

Il n'est pas sans signification que le phénomène « d'alternance » dont l'existence a été signalée par un auteur (2) et qui suppose « qu'une organisation sociale soit faite pour les individus, mais qu'inversement les droits individuels soient orientés vers une vie collective » se retrouve à l'intérieur des groupements personnifiés, y subissant en outre un effet d'accélération.

Sans doute faut-il rechercher les causes réelles du développement des effets de la personnalité morale, dans la protection et l'accomplissement des droits individuels de leurs membres; mais dans le même temps, il faut constater qu'ils ne pourront en jouir que conformément à l'intérêt collectif dont la personne morale est le gardien.

L'ordre juridique spécial qui naît des groupements personnifiés est plus contraignant à des degrés divers, il est vrai, que l'ordre général et cela pour deux séries de raisons :

en premier lieu, le fonctionnement efficace et cohérent du groupement suppose nécessairement une « systématisation » de la charge financière normalement afférente à l'exercice du droit (I);

en second lieu, l'intérêt collectif qui gouverne les relations internes au groupement est plus aisément perceptible, plus tangible, que l'intérêt général dont on ne peut définir les contours qu'en se reportant aux dispositions d'ordre public. L'intérêt propre à un groupement est moins diffus; plus concret, il s'appuie sur un droit dans le même temps qu'il constitue la limite au libre exercice de ce droit (II).

(2) BERTRAND, *De la dialectique du droit privé positif*, D. 1951, chron. p. 151, sp. 154.

LA SYSTEMATISATION DES CHARGES AFFERENTES A L'EXERCICE DU DROIT

245. — Nous arrêterons notre réflexion sur les charges et les cotisations que doivent respectivement le copropriétaire et le membre d'une association ou d'un syndicat. Une précision doit cependant être apportée. Il ne s'agira pas de décomposer l'ensemble des mécanismes réglementant l'obligation aux charges et aux cotisations, mais seulement de fixer l'attention sur les modalités de mise en œuvre de cette obligation qui recèle en elle-même de virtuels conflits entre l'individuel et le collectif.

SECTION I

LES CHARGES DE COPROPRIETE

Sous-Section I

LE PRINCIPE DE L'OBLIGATION AUX CHARGES

246. — La propriété est toujours pour celui qui en est titulaire source de frais et d'impenses; ils sont nécessaires pour maintenir dans son intégrité la chose qui en est l'objet et par là même pour assurer la permanence de la valeur du droit.

Cette loi joue également au sein d'une copropriété organisée. Mais le fait que le droit de chacun porte sur un bien immobilier qui est le même pour tous, compte tenu encore de la dimension des ensembles d'habitation, du nombre des copropriétaires, les obligations découlant de l'entretien de l'immeuble et du fonctionnement normal des services destinés à permettre un plein accomplissement du droit de chacun, se multiplient et prennent un caractère *systématique et*

régulier. La libre volonté d'engager des dépenses est donc, en ce qui concerne les parties communes tout au moins, inévitablement altérée.

Le syndicat assume les frais dont le poids sera supporté par chacun des copropriétaires. C'est une de leurs obligations essentielles (3) à laquelle ils ne sauraient se soustraire. Aussi le syndicat dispose-t-il d'un faisceau de moyens tendant à le prémunir contre la carence d'un de ses membres.

Outre les procédures de recouvrement de droit commun, il bénéficie de moyens de garantie spécifique. Il pourra notamment se prévaloir d'une hypothèque légale (4) qui garantira toute créance de quelque nature qu'elle soit qu'il détiendra contre un copropriétaire, d'un privilège immobilier qui n'est autre que celui du bailleur d'immeuble (5) dont les effets se développeront en cas de location du lot, sur les loyers perçus par le copropriétaire (6).

Enfin, aux termes de l'article 58 du décret du 17 mars 1967, le groupement est en droit de recourir à la saisie gagerie organisée par les articles 819, 821, 824 et 825 du Code de procédure civile.

Ces pouvoirs ne s'exerceront cependant pas sans limite; indépendamment du fait que chacune des procédures doit satisfaire à des conditions précises qui apparaissent comme autant de moyens de protéger le copropriétaire contre le pouvoir syndical (7), celui-ci aura encore la possibilité de se prévaloir de droits tempérant la rigueur de l'obligation. C'est ainsi tout d'abord qu'il sera autorisé à solliciter du juge des référés la mainlevée de l'hypothèque légale, s'il offre en contrepartie des garanties sérieuses et suffisantes, et cela, quand bien même serait engagée l'instance principale (8).

247. — Mais une question demeure posée : celle de savoir si le copropriétaire qui considère ne plus pouvoir faire face aux charges qui lui incombent pourra y échapper en abandonnant son droit. Elle ne présente qu'un intérêt pratique limité. Bien évidemment, l'abandon ne peut concerner que le lot dans son ensemble et non pas séparément le droit sur les parties privatives ou communes, et il n'aura d'effet que pour l'avenir ne permettant pas au copropriétaire de se dégager de sa contribution pour les services déjà fournis ou les frais déjà engagés, puisqu'ils l'ont été au prorata du droit de cha-

(3) GIVORD et GIVERDON, *Traité*, n° 209, p. 147. — VIGNERON, *Jurisclasseur civil*, Fasc. II, art. 664, parag. 5, n° 96. — CABADAC, *Traité de la construction*, p. 215.

(4) Art. 19 de la loi du 10 juillet 1965.

(5) Art. 2102-1 du Code civil.

(6) Art. 19, alinéas 5 et 6, de la loi du 10 juillet 1965.

(7) Cf. CABANAC, *Traité*, pp. 256 à 269.

(8) Art. 19, alinéa 3, de la loi du 10 juillet 1965.

cun des membres du syndicat, il reste donc, en tout état de cause, débiteur (9).

En outre, rares sont les cas où le copropriétaire préférera recourir à l'abandon plutôt que de vendre son lot.

Mais l'hypothèse n'est pas pour cela d'école.

Il peut arriver notamment, lorsqu'on est en présence d'un immeuble très ancien, que précisément l'éventualité d'une vente ne puisse être valablement envisagée que moyennant des travaux de restauration de l'immeuble entraînant d'importantes dépenses et charges collectives (10).

De plus, et là réside principalement les implications théoriques du problème, *la faculté d'abandon est traditionnellement liée à la nature de l'obligation qu'elle doit éteindre*. Elle constitue une technique libératoire spécifique aux obligations *propter rem* : « la connaissance précise du régime des obligations réelles évite toute controverse possible, écrit M. Aberkane, l'obligation *propter rem* est celle qui se transmet à l'ayant cause à titre particulier d'une part, et dont on peut se libérer par l'abandon d'autre part » (11). En corollaire et systématiquement, un débiteur ne sera en droit de se dégager par l'abandon que s'il est tenu par une obligation réelle.

Ainsi, dans le domaine qui nous retient, le débat est déplacé par la doctrine classique sur la nature de l'obligation aux charges. Or, à cet égard, l'ambiguïté naturelle des obligations réelles (12) est génératrice d'incertitude et a suscité la controverse.

— C'est en analysant la copropriété comme une coexistence de droits de propriété portant sur une même chose qu'une partie de la doctrine a estimé que l'obligation aux charges avait pour objet, en préservant le bien commun, de « respecter le droit de chacun des copropriétaires » (13). Elle était donc une obligation *propter rem* et par conséquent emportait la faculté pour son débiteur de se libérer par l'abandon.

Pourtant, *le régime juridique de l'obligation aux charges est loin de s'identifier totalement à celui des dettes réelles*.

— S'appuyant sur des bases de raisonnement classiques et donnant à la nature de la copropriété un contenu parfois voisin de celui de

(9) GIVORD et GIVERDON, *Traité de la copropriété*, n° 253, p. 160, Juris-classeur civil, réf. précitée, n° 125. — BONET et CABANAC, *Du paiement des charges communes et de la faculté d'abandon*, A.J.P.I. 1955.2.173 et s. — KYSCHINEWSKY-BROQUISSE, p. 198, n° 251.

(10) KYSCHINEWSKY-BROQUISSE, thèse précitée, p. 197.

(11) ABERKANE, *L'obligation « propter rem » en droit français*, L.G.D.J. 1957, p. 2.

(12) DE JUGLART, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, Bordeaux, 1937.

(13) Dans ce sens : ABERKANE, *op. cit.*, pp. 270 à 283. — AZOULAY, *Le droit de copropriété par appartement*, Thèse Paris, 1956, p. 573 et s. — HÉBRAUD, R.T.D. Civ. 1938, p. 60.

la doctrine précédente, quelques auteurs ont cependant contesté que les charges dues par le membre du groupement, le soient au titre d'une obligation *propter rem*. Plusieurs arguments sont avancés dans ce sens. La créance de charge est tout d'abord garantie par l'intégralité du patrimoine du débiteur (14). Mais encore « tous les contrats dont résultent les charges, écrivent MM. Givord et Giverdon, sont en effet passés par le syndic, à ce titre, ils obligent personnellement les copropriétaires » (15).

C'est le principe dégagé par la Cour de cassation (16). Aussi a-t-il été jugé que le cessionnaire d'un lot dont les charges sont demeurées impayées par le précédent propriétaire ne pouvait être poursuivi (17). Cette opinion nous semble devoir être approuvée.

Il paraît vain, en effet, de rapprocher les obligations naissant de l'état de copropriété des immeubles bâtis de celles de voisinage aménagées par le Code civil (18). *La copropriété telle qu'elle est organisée par le régime actuel, ne suppose pas la simple juxtaposition de fonds objet de propriété individuelle, mais une intégration de droits dans un ordre juridique véritablement original.*

Chacun des copropriétaires n'est pas tenu aux charges par des liens directs qui l'unissent aux autres, il est débiteur du syndicat dont il est également le membre. Certes, il s'agit pour lui de participer aux frais nécessités par le droit de chaque copropriétaire, mais aussi d'assurer le fonctionnement d'une collectivité compte tenu de son objet et de sa finalité.

Doit-on dès lors tirer du caractère personnel de la créance l'interdiction pour le membre défaillant de la copropriété, de se libérer de ses engagements futurs par l'abandon ? Si l'on s'en tenait à une conception orthodoxe de la copropriété, cette conséquence serait inévitable (19). D'autant plus que, dans cette même ligne, cet argument principal se trouve conforté par deux séries d'observations complémentaires : d'une part, le déguerpissement étant une mesure exceptionnelle, il ne doit pas être reconnu à défaut d'un texte spécial d'instituant (20), d'autre part, en en appelant à l'équité, on condamne le fait que les charges soient désormais supportées par les autres copropriétaires non défaillants.

248. — La cohérence de ces arguments n'est pas en elle-même critiquable, mais on demeure pourtant en droit de se demander si poser

(14) GUILLOUARD, *Traité du contrat de société*, n° 395, cité par Mme KYSCHINEWSKY-BROQUISSE, p. 196, n° 20.

(15) *Traité*, p. 179, n° 252.

(16) Cass. Civ. 3°, 10 mai 1968, D. 1969.45, note GIVERDON.

(17) Tribunal de Paix de Nice, 3 juil. 1957, cité in *Jurisclasser civil*, référence précitée, n° 98.

(18) Article 699 du Code civil.

(19) GUILLOUARD, *traité précité*.

(20) JACQUIER, *De la division par étages de la propriété des maisons*, Thèse Aix, 1935, p. 92 et s.

le problème de la faculté d'abandon au sein d'une copropriété en se référant aux principes régissant le droit commun, ne constitue pas une démarche erronée. Est-ce véritablement de la détermination de la nature de l'obligation que dépend la faculté du copropriétaire de délaisser son droit ?

Les mots ne doivent pas tromper. Le pouvoir d'abandon évoqué ici ne peut être confondu avec le droit consacré légalement à propos des obligations *propter rem* de type classique. En réalité, *il est gouverné non pas tant par l'obligation à laquelle il est rattaché, que par l'état de copropriété*. C'est la spécificité de cette collectivité qui justifie son existence et explique également son régime.

En fait, en la matière, le déguerpissement n'a pas principalement pour objet de libérer un débiteur de ses engagements, mais de permettre aux membres d'un groupement, aménageant collectivement un droit réel, de *s'en retirer*. Il présente donc un double aspect : il est tout d'abord une « renonciation à un droit réel et aux charges qu'il pourra éventuellement engendrer » (21). Sans doute ce droit est-il particulier mais en tant que droit réel, il peut être l'objet d'une renonciation. Cette analyse se trouve de nos jours pleinement vérifiée puisque non seulement le déguerpissement ne dégage le copropriétaire que des charges à venir, c'est-à-dire d'obligations qui n'ont pas encore pris « naissance » (22) mais de plus, l'article 16 de la loi consacrant le pouvoir syndical d'acquérir les parties privatives ne laisse planer aucune incertitude sur le sort du lot abandonné, le groupement en devenant propriétaire.

Ensuite, et c'est là une fonction non négligeable, la faculté de délaisser en la matière est aussi *une forme originale de retrait volontaire d'un groupement* et comme telle se révèle être un instrument de défense individuel contre le pouvoir majoritaire (23).

Aussi faut-il reconnaître la possibilité pour le copropriétaire d'user de l'abandon, tout en donnant de cette notion une définition particulière tenant compte du double fait que le copropriétaire est titulaire *d'un droit réel dans un ordre collectif*; il est logique que, pour assurer sa propre dynamique, la personne morale fasse appel à ses membres, il est tout aussi raisonnable de considérer que celui pour qui elle devient par trop oppressante, puisse en évincer les effets en s'excluant lui-même. C'est évidemment à son égard l'échec de l'action collective et c'est pourquoi la contribution aux charges devra toujours être fondée par l'intérêt collectif et obéir à des règles de répartition équitables, condition malaisée à remplir.

(21) PIEDELIEVRE, *La copropriété par appartements*, in *L'immeuble urbain à usage d'habitation*, p. 211.

(22) GIVORD et GIVERDON, p. 181, n° 253.

(23) PIEDELIEVRE, *op. cit.*, pp. 210 et 211. — KYSCHINEWSKY-BROQUISSE, *op. cit.*, p. 189, n° 243. — CHEVALIER, *op. cit.*, p. 81.

Sous-Section II

LA MISE EN ŒUVRE DE L'OBLIGATION AUX CHARGES

249. — A côté des conflits naissant de l'affirmation du principe de l'obligation aux charges, on en trouve d'autres relatifs à la fixation de son montant et à ses modalités de mise en œuvre.

En ce domaine, l'évolution suivie par le droit positif s'est faite selon un mouvement *pendulaire*, les solutions proposées oscillant entre des méthodes à dominantes individuelles ou collectives sans toutefois bien sûr que soit pleinement consacré l'un ou l'autre de ces caractères, ce qui, de toutes manières, eût été la condamnation de l'idée de copropriété.

1) Initialement, l'article 664 du Code civil (24) avait institué un système largement encore dominé par l'idée de propriété privative (25) qui se manifestait par l'étroitesse du domaine des charges véritablement communes, restreint à la « réparation » et à la construction « des gros murs et du toit » ventilées sur la base de la valeur de l'étage. Pour le reste, l'utilisation particulière des équipements, fussent-ils en eux-mêmes et tout entiers incorporés à l'ensemble de l'habitation commune, faisait peser sur le patrimoine du propriétaire, les frais y afférents. La répartition se faisait suivant un critère matériel révélateur de ce que le législateur ne voyait alors dans l'immeuble collectif *qu'une superposition de biens immobiliers, objet de propriété individuelle*.

Un volumineux contentieux naquit de cette conception, contraire au fait, et délicate à mettre en œuvre (26), à l'occasion duquel les tribunaux inclinèrent vers des solutions communautaires étendant la notion de charges communes : « Attendu que les gros murs et le toit ne sont pas les seules charges communes, que dans la pratique cette règle est étendue à toutes choses d'un usage commun, aux voûtes des caves, aux cours, aux portes, allées, cages d'escaliers, et grenier com-

(24) « Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode de répartition et de contribution, elles doivent être faites ainsi qu'il suit : les gros murs et les toits sont à la charge de tous les propriétaires ; chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient, le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche, le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit, le propriétaire du second étage fait à partir du premier celui qui conduit chez lui, et ainsi de suite ».

(25) THIBIERGE, *Statut des immeubles en copropriété*, 55^e Congrès des notaires. — JULIOT, *Traité formulaire de la division des maisons par étage et par appartement*, 2^e édition, Paris 1927, n° 41.

(26) GIVORD et GIVERDON, *Traité*, p. 148.

mun; qu'il en est de même de l'éclairage des escaliers et de l'entretien des trottoirs » (27).

2) C'est dans ces conditions que, répondant aux vœux ainsi exprimés par la pratique, la loi de 1938 souligna singulièrement les traits collectifs de la copropriété, en élargissant la définition des charges communes. Aux termes de son article 6, alinéa 2 : « Chacun des lots est tenu de participer aux charges de la conservation, de l'entretien, de l'administration des parties communes. Dans le silence ou la contradiction des titres, les droits et les charges des parties communes se répartissent proportionnellement aux valeurs respectives des fractions divisées de l'immeuble eu égard à leur étendue et à leur situation. »

A l'inverse, des difficultés rencontrées précédemment, les inconvénients attachés à ce régime, proviennent de la primauté affirmée à ce sujet *du collectif sur l'individuel*, la détermination légale des charges communes n'allant pas sans engendrer des foyers d'injustice (28).

La tendance de la pratique fut donc d'échapper aux règles légales qui n'étaient pas impératives, par l'élaboration de règlements de copropriété, prenant en considération la situation individuelle des copropriétaires par rapport à l'utilisation des équipements collectifs.

Mais le système était encore figé. La nature contractuelle reconnue par la jurisprudence au règlement de copropriété interdisait qu'il fût modifié autrement qu'à l'unanimité des suffrages, serait-ce par voie judiciaire. Paradoxalement donc, et par une étrange combinaison, les contraintes de l'ordre collectif étaient d'autant plus injustes qu'elles reposaient sur des analyses fondamentalement individualistes.

250. — 3) C'est une contradiction de même ordre, mais dont les termes ont été permutés, que l'on retrouve dans le régime mis en place par le législateur contemporain. Si, en effet, et nous l'avons déjà fréquemment relevé, le texte de 1965 se caractérise par une approche authentiquement communautaire de la copropriété, paradoxalement et relativement aux questions objet de la présente étude,

(27) Tribunal de Paix de Grenoble, 30 avril 1910, cité par JULIOT, *op. cit.*, p. 192. Voir dans le même ouvrage l'exposé des controverses nées à l'occasion de cette jurisprudence, p. 192 et s.

(28) GIVORD et GIVERDON, *Traité*, p. 148, n° 210, note 3, qui évoque les charges relatives à l'ascenseur et supportées néanmoins par le copropriétaire habitant au rez-de-chaussée. — CABANAC et PEYNET, *Répartition des charges de chauffage collectif dans l'immeuble en copropriété*, A.J.P.I. 1965.I.462. Cf. également KYSCHINEWSKY-BROQUISSE, n° 240, p. 181, qui évoque une décision du juge de paix de Nice en date du 17 mars 1952, faisant droit à la demande d'un copropriétaire commerçant de ne pas assurer les frais attachés à l'usage d'un ascenseur, décision cassée : Cass. civ., 13 novembre 1956, citée in : *Journal « Le Monde »*, 14 novembre 1956.

on voit réapparaître des préoccupations tendant à protéger le copropriétaire pris individuellement.

Ce n'est pas dire que l'individualisme ainsi renaissant ait la même rigueur et le statisme de celui qui imprégnait l'article 664 du Code civil. Il ne s'inspire pas de la même philosophie. Il s'agit en réalité d'un nouvel individualisme dont l'originalité tient précisément au fait qu'il naît d'un ordre collectif spécifique, dont non seulement il tiendra compte, mais encore et surtout par lequel il s'élaborera. Comment se manifeste-t-il ? Tout d'abord, la répartition des charges n'a plus la fixité qui était la sienne auparavant. Sous des conditions et des modalités certes exceptionnelles, elle est susceptible d'être modifiée par simple décision de l'Assemblée à une majorité renforcée (29) ou par le jeu d'une action judiciaire en révision. Ensuite, par la mise en œuvre d'un mécanisme de répartition, non plus unitaire, mais diversifié, appuyé sur la nature et l'origine des charges. Il doit nous retenir car son principe, reposant sur la coexistence de deux systèmes différents, illustre la volonté du législateur de concilier de façon cohérente le développement du pouvoir collectif parachevé par la reconnaissance de la personne morale du syndicat et la réapparition tout aussi impérieuse d'une certaine forme d'individualisme.

C'est ainsi qu'opérant une distinction entre deux catégories de charges : celles relatives à la conservation, à l'entretien et à l'administration des parties communes (30) et celles afférentes aux services collectifs et aux éléments d'équipement commun (31). La loi soumet leur répartition à deux méthodes distinctes. L'une d'aspiration collective et abstraite, applicable aux premières : la répartition se fera en ce qui les concerne, en fonction de la valeur relative des parties privatives. L'autre, d'aspiration individualiste et concrète, s'appliquant aux secondes : la répartition se réalisera suivant « l'utilité que ces services et éléments présentent à l'égard de chaque lot ».

Ainsi, voit-on surgir, comme base de distribution des charges, l'utilité individuelle des éléments collectifs. Le phénomène est en soi édifiant. Sans doute, les caractères abstraits et concrets, collectifs ou individualistes des méthodes sont-ils tempérés par des traits contraires dans les deux cas, mais il existe des dominantes dans l'un et l'autre des systèmes qui expliquent les solutions positives.

Après avoir examiné chacune des deux méthodes dans leur technique de réalisation, il faudra révéler les conflits possibles ou actuels, que recèle le système instauré par la loi de 1965.

(29) Article 11, alinéas 1 et 2, loi du 10 juillet 1965, art. 25 de la même loi.

(30) Article 10, alinéa 2, loi du 10 juillet 1965.

(31) Article 10, alinéa 1, loi du 10 juillet 1965.

§ 1. — Les méthodes.

251. — A) *La dominante collective* : charges relatives à la conservation, à l'entretien et à l'administration des parties communes.

Le copropriétaire ne saurait y échapper. En tout état de cause, elles sont dues (32). C'est en cela qu'elles sont la traduction de la réalité communautaire. Encore faut-il que le copropriétaire à qui l'on demande d'assumer le poids de ces charges ait sur les parties communes un droit de jouissance en vertu de son titre, faute de quoi il ne sera pas, à leur égard, « copropriétaire », et par conséquent, ne sera pas tenu aux dépenses engagées pour leur entretien (33).

Cependant, le jeu de la règle est corrigé par le fait que leur montant sera conditionné par la valeur relative du lot « telles que ces valeurs résultent des dispositions de l'article 5 » (34), c'est-à-dire compte tenu « de la consistance, de la superficie, et de la situation des lots, sans égard à leur utilisation » (35).

Mais, seuls ces éléments purement *objectifs* seront pris en considération à l'exclusion de la commercialité des locaux, facteur qui découle directement de leur utilisation (36).

Il y a là les éléments d'une *égalité réelle* dont les effets seront de rendre moins pesante une technique abstraite dans son idée directrice.

Le problème a été soulevé de savoir si l'article 5 revêtait le caractère impératif de l'article 10 qui y fait référence. Une réponse négative serait dépourvue de sens (37).

La quasi-unanimité de la doctrine a affirmé l'impossibilité de se soustraire conventionnellement au critère de la répartition prévu par ce texte (38). Cette opinion a été confirmée par le Tribunal de

(32) Dans ce sens : Cass. Civ. 111, 4 décembre 1969, *Revue des loyers* 1970, p. 218.

(33) Cf. art. 4, loi du 10 juil. 1965 ; *adde*, Paris 2^e ch., 20 mars 1971, J.C.P. 1972. 17.123, note R.D.

(34) Art. 10, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1965.

(35) Art. 5, dernier alinéa de la loi du 10 juillet 1965.

(36) Dans ce sens : Cour d'Appel de Paris, 12 juillet 1971, D. 71.598, *adde*, en doctrine : CABANNES, D. 1971.598. — LOMBOIS, *op. cit.*, sp. n° 26. — SIZAIRE, *Le statut de la copropriété des immeubles bâtis*, J.C.P. 1969.I.2252, n° 51. *Contra* cependant : Tribunal de Grande Instance de Paris, 13 avril 1970, cité par CABANNES, *ibidem*.

(37) CABANNES, concl. D.S. 1971.2.598. — MORAND, *Mise à jour des règlements de copropriété*, Gaz. Pal. 1967.2, Doctrine, p. 72 ; Réponse Ministr., J.O. Débats Ass. Nat., 2 juillet 1970, p. 3399. Voir cependant dans un sens opposé, semble-t-il, SEGUIN, *Aspect nouveau du droit de la copropriété*, Théorie des parties communes. Gaz. Pal. 1966, Doctr. p. 142, et théorie de la répartition et de la modification des charges, J.C.P. 1966.I.2030.

(38) GIVORD et GIVERDON, *Traité*, n° 211, p. 150, *Jurisclasser civil*, art. 666, fascicule 11, p. 13, n° 71. — JAUFFRET, *La transparence civile et la protection des associés d'une société de construction*, J.C.P. 67.I.2065, n° 10.

Grande Instance de Paris qui déclare en un jugement rendu le 7 janvier 1969 : « Attendu que ces règles (celles de l'article 5) sont d'application facultative pour l'établissement des quotes-parts des parties communes; qu'elles sont en revanche impératives et d'ordre public pour la fixation des quotes-parts des charges communes; qu'en effet, l'article 10 qui régit leur répartition figure dans l'énumération de l'article 43 des dispositions auxquelles les parties ne peuvent pas déroger. »

Cette solution doit être approuvée. Cependant, ce n'est pas sans étonnement que l'on assiste à l'apparition dans notre droit positif, de dispositions à qualité double : supplétive et impérative tout à la fois, ou plus précisément *dont le caractère ne découle pas de la disposition elle-même, mais de son domaine d'application*.

252. — B) *La dominante individualiste* : les charges entraînées par le service collectif et les éléments d'équipement commun.

Ces charges frappent inégalement les copropriétaires, puisque leur redevance est conditionnée par l'utilisation effective des équipements et services communs. Le principe directeur est donc ici inverse du précédent. C'est la prise en considération de la situation concrète de chaque lot qui le commande; mais la règle adoptée par le législateur à cet égard comporte un utile correctif destiné à faire échec aux éventuels excès auxquels pourrait donner lieu sa mise en œuvre.

Sur le point de savoir si la notion d'utilité doit être appréciée de façon *subjective* ou *objective*, autrement dit, si l'on doit s'attacher pour en définir le contenu, au comportement personnel du copropriétaire ou à la situation matérielle des parties privatives de son lot, le texte de l'article 10, alinéa 2, ne laisse subsister aucun doute; c'est l'utilité que les services ou équipements « présenteront à l'égard de chaque lot » qui doit être retenue (39). En sorte que les appartements du rez-de-chaussée ne devront pas supporter les charges afférentes à l'ascenseur (40).

En revanche, quand bien même un copropriétaire n'utiliserait pas réellement les services et équipements collectifs, il devra en supporter les charges, si les éléments objectifs de la situation des parties

(39) Article 10, alinéa 1^{er}. Dans ce sens : GIVORD et GIVERDON, n° 217, p. 156, spécialement note 1, qui fait référence aux débats parlementaires aux termes desquels fut adoptée la proposition du Sénat substituant la locution « à l'égard de chacun des copropriétaires » par celle « à l'égard de chaque lot ». *Adde*, Juris-classeur civil, art. 664, fasc. II, n° 72.

(40) T.G.I. Paris, 11 mai 1968, Gaz. Pal. 1968.295 ; T.G.I. Seine, 28 sept. 1967, Gaz. Pal. 1968.I.64 ; Trib. Inst. Nice, 23 fév. 1966, Gaz. Pal. 66.I.283 ; Civ. 3^e, 5 juin 1970, D. 1970.751, note GIVORD et GIVERDON, J.C.P. 70.II.16537, note GUILLOT ; Civ. 3^e, 17 mars 1971, D. 1971, som. p. 133, qui énonce : « toute clause du règlement de copropriété faisant peser sur les copropriétaires du rez-de-chaussée et des chambres de bonne une partie des dépenses relatives à l'ascenseur, inutile pour leur lot, est atteinte de nullité radicale... ».

privatives de son lot ne viennent justifier ses prétentions (41). Sans doute, l'automatisme du critère de l'utilité objective sera-t-il assoupli par la prise en compte de facteurs complémentaires : superficie de l'appartement, caractère professionnel de l'usage des locaux (42). Il n'en constitue cependant pas moins le point intangible de départ de la distribution du poids des charges (43).

Ce qui nous paraît remarquable, c'est qu'à la différence de leurs prédécesseurs, les auteurs du texte de 1965 se sont orientés vers des techniques *relatives* reflétant assez bien la dualité profonde de la copropriété, sans que soient pour autant écartés les moyens de corriger une règle en elle-même déjà tendue vers l'équité. En cela, le régime actuel marque un progrès incontestable par rapport à celui en vigueur auparavant; il serait vain cependant de penser qu'il ne suscitera pas de tension.

§ 2. — Hypothèses de conflits.

253. — La division des charges en deux catégories, obéissant chacune à des modalités de répartition distinctes, est louable. Mais elle est pourtant un foyer de contentieux. La clarté des dispositions de l'article 10 de la loi de 1965 n'est *qu'apparente*. Il est parfois délicat de déterminer à quel groupe appartiennent certaines charges. C'est précisément en se situant sur le terrain de la qualification que certains copropriétaires tenteront d'échapper à leurs obligations ou pour le moins, de les rendre moins pesantes.

De plus, il peut arriver qu'alors que la nature des frais engagés ne souffre point de discussion, un copropriétaire se refuse à y participer, invoquant pour ce faire, la cause qui est à leur origine. Ce type de situation conflictuelle se rencontre spécialement lorsqu'un copropriétaire demandeur et gagnant à une instance engagée par lui contre le syndicat des copropriétaires, se refuse à supporter une part des frais y afférents. Ce sont ces deux problèmes que nous évoquons successivement.

(41) Cass. Civ., 12 déc. 1956, Bull. civ. 1956.I.363 ; Rouen, 3 fév. 1960, D. 1960, som. 66 : la répartition des dépenses de chauffage de l'immeuble collectif était prévue par le règlement de copropriété, les frais sont répartis entre tous les propriétaires de locaux divis chauffés ; mais tel n'est pas le cas lorsqu'un copropriétaire refuse de contribuer aux dépenses de chauffage pour le motif que ses magasins ne sont pas chauffés et qu'il affirme, sans être démenti, qu'aucun appareil distributeur de chauffage n'était installé dans ses locaux ». GIVORD et GIVERDON, *Traité*, n° 217, p. 156.

(42) CABANAC, *Gaz. Pal.* 1965.2, *Doctr.*, p. 80.

(43) Sur les méthodes proposées pour l'application de ces principes par la pratique, voir : CABANAC, *Traité de la construction*, pp. 219 à 225, n° 295 à 300.

254. — A) Conflits tenant à la qualification des charges :

La détermination des charges a pris, nous l'avons vu, une importance considérable à l'intérieur d'un système d'ordre public qui en fait sa base de distribution. Certes, l'appartenance de certaines charges à l'une ou à l'autre des catégories ne peut donner lieu à controverse. Il ne fait aucun doute, par exemple, que font partie des charges relatives à la conservation et à l'administration des parties communes, les dépenses occasionnées par la réparation des façades ou le ravalement (44), celles résultant des contrats d'entretien de l'immeuble (45) ou encore les honoraires du syndic et les primes d'assurances contractées par lui pour l'habitation commune.

Inversement, seront considérées comme charges afférentes au service collectif et aux équipements communs, notamment les frais d'entretien et de fonctionnement des ascenseurs, des chauffages collectifs (46).

255. — Toutefois, les choses ne sont pas toujours aussi nettes; il existe des points de controverses à la lisière des deux groupes de charge. On a pu tout d'abord, sans succès il est vrai, tenter de rattacher les dépenses provoquées par l'entretien des escaliers aux charges d'équipement et de service collectif. Dans ce sens, on faisait valoir que « l'escalier assurait par définition même le service collectif nécessaire pour permettre précisément à chaque copropriétaire d'accéder à son lot » (47). Mais la jurisprudence a estimé, à notre avis avec raison, que « il faut observer qu'un escalier desservant la totalité des étages de l'immeuble et la cage de celui-ci ne peuvent être considérés comme un service collectif ou un équipement commun, mais bien au même titre que les murs ou les colonnes montantes d'eau, de gaz ou d'électricité comme une partie commune puisqu'un immeuble de plusieurs étages ne peut se concevoir sans escalier et que l'article 3 de la loi de 1965 déclare communes "les parties du bâtiment affectées à l'usage ou à l'utilité de tous les copropriétaires ou de plusieurs d'entre eux" en précisant que dans le silence des titres, sont réputées parties communes les voies d'accès, les passages et corridors » (48).

A vrai dire, l'escalier présente un double aspect. Il est bien sûr un équipement collectif, mais principalement encore un élément fondamental de structure de l'immeuble. Consciente de cette dualité, la

(44) Tribunal de Grande Instance de Nice, 22 juin 1964, A.J.P.I. 1965.II.190, note CABANAC.

(45) Cf. GIVORD et GIVERDON, *Traité*, n° 216. — KISCHINEWSKY-BROQUISSE, *op. cit.*, n° 237, p. 178.

(46) Il semble qu'en outre les règlements de copropriété conservent la possibilité de donner à cette catégorie une teneur variable. Dans ce sens : GIVORD et GIVERDON, *Traité*, n° 215, p. 152.

(47) Note B.D. sous Paris, 20 mars 1970, J.C.P. 1972.II.17123.

(48) Paris, 20 mars 1971, précité. Dans ce sens : GIVORD et GIVERDON, *Traité*, n° 216, p. 155. — CABANAC, *op. cit.*, *Gaz. Pal.* 1962.2, p. 80.

jurisprudence est donc amenée à ventiler ses décisions en fonction des types de frais nécessités par l'escalier; car si, comme nous venons de le voir, les dépenses qui concernent son propre entretien devraient être réparties suivant les dispositions de l'article 10, alinéa 2; en revanche, celles dues à leur éclairage et à la consommation électrique qui en découle, devront, à notre avis, normalement être considérées comme des charges relatives à un équipement commun, à moins que, comme en ouvre la faculté aux rédacteurs du règlement de copropriété, le décret du 17 mars 1967 (49) les stipulations contractuelles n'en disposent autrement: « Mais attendu affirme dans ce sens la Cour de cassation, qu'après avoir énoncé que le règlement de copropriété met les frais de l'éclairage des parties communes à la charge de l'ensemble des copropriétaires et stipulé que les couloirs, descentes et dégagements de cage constituent des parties communes à tous les copropriétaires du bâtiment A, l'arrêt faisant application de ces clauses, non contraires aux dispositions des articles 3, 5 et 10 de la loi du 10 juillet 1965, décide à bon droit que X... est tenu de participer aux dépenses relatives à la consommation d'électricité » (50).

Plus délicate encore est la question de savoir quelle est la condition juridique des dépenses nées du remplacement ou de la remise en état d'un équipement commun. Doit-on donner, à la locution employée dans l'article 10, alinéa 1^{er}: « Les dépenses entraînées », une définition étroite ou extensive? L'intérêt pratique de la solution n'échappe pas.

Il est évident que si l'on applique à ces charges un mode de répartition fondé sur les critères de l'utilité, certains copropriétaires en seront dégagés. En cet endroit, les opinions doctrinales sont divergentes. Voyant dans ce genre de travaux un des moyens de maintenir l'immeuble dans la conformité de sa destination, certains auteurs ont pu penser que les frais qu'ils provoquent « incombent à tous les copropriétaires y compris ceux du rez-de-chaussée car ils participent au standing de l'immeuble dont profite l'occupant du rez-de-chaussée » (51).

Dans une perspective identique, on peut faire valoir qu'au sein d'une copropriété organisée, la répartition des charges en fonction de la valeur relative des lots est la règle et que toute autre méthode doit être revêtue d'un caractère exceptionnel (52). Mais une telle analyse ne tient pas compte du fait que l'objectif visé par le législateur sur ce point est de soumettre la distribution du poids des char-

(49) Article 1, alinéa 1, GIVORD et GIVERDON, *Traité*, n° 215, p. 154.

(50) Cass. Civ. 3^e, 14 mai 1970, D. 1971, p. 95.

(51) WALET, *Sociétés de construction*, S., p. 97, n° 112.

(52) Est-il vrai que la jurisprudence antérieure à la loi de 1965 avait consacré cette solution. Cf. sur ce point: GIVORD et GIVERDON, *Traité*, p. 153, référence bas de page, n° 6.

ges à un système dominé par l'équité et la réalité, à l'intérieur duquel une part importante est faite à l'individuel.

Plus fidèle à ce vœu, est celle proposée par la doctrine dominante, pour qui les termes de l'article 10, alinéa 1^{er}, devront être pris « dans une acception plus large » (53). Il apparaît, en effet, que la formule recouvre l'ensemble des dépenses occasionnées par l'équipement commun. Encore que l'on eût souhaité plus de précisions à ce sujet. Le décret de 1967 semble s'être orienté dans cette direction puisque l'alinéa 2 de son article 1^{er} fait référence aux « charges relatives au fonctionnement et à l'entretien de chacun des équipements communs ». En tout état de cause, la jurisprudence s'est ralliée à cette dernière opinion. La Cour suprême a récemment considéré que « les frais de remplacement d'un ascenseur doivent être considérés par l'application de l'article 10 de la loi, comme des charges entraînées par les services collectifs et les éléments d'équipement communs » (54).

256. — De l'examen des décisions judiciaires et des controverses doctrinales, on peut, nous paraît-il, dégager les observations suivantes :

En créant deux sortes de charges, le législateur contemporain a, dans le même temps, suscité un problème de qualification qui se pose avec acuité lorsqu'il s'agit de répartir des dépenses dont le caractère hybride interdit une réponse sans nuance. Sans doute, le décret du 17 mars 1967 incite-t-il la pratique à lui donner une solution en laissant aux auteurs des règlements de copropriété une assez grande liberté à cet égard (55).

Mais n'est-ce pas là aussi l'aveu de l'absence d'un critère sûr de distinction entre les différents ordres de charges ? Qu'en sera-t-il en cas de silence des stipulations conventionnelles ou de leur contradiction ? Il y a là un vide qui ne peut qu'appeler la critique.

Il apparaît, en effet, à son étude, que seront considérées comme charges afférentes aux services collectifs et aux équipements communs, les charges directement provoquées par l'exercice dans les meilleures conditions possibles — par référence à la destination de l'immeuble — du *droit de jouissance privatif, dont elles sont le prolongement logique et normal*; alors que les charges visées par l'article 10, alinéa 2, ne concernent, quant à elles, que l'immeuble dans son ensemble.

C'est l'avènement d'une sorte « *d'individualisme utilitaire* » au sein de la collectivité organisée. L'idée en domine en permanence le

(53) GIVORD et GIVERDON, p. 153. — CABANAC, *La contribution des copropriétaires du rez-de-chaussée aux frais de réfection d'un ascenseur vétuste*, Gaz. Pal. 1966.I, Doct., p. 25. — MORAND, J.C.P. 66.IV, Ed. not., n° 85. — VIGNERON, *Juris-classeur civil*, Fasc. II, art. 664, n° 70.

(54) Cass. Civ. 3^e, 5 juin 1970, J.C.P. 70.II.16537. Dans le même sens : Paris, 13 déc. 1968, D. 1969, sommaire, p. 25 et Rev. Loy., 1969, p. 249.

(55) GIVORD et GIVERDON, n° 215. — VIGNERON, *op. cit.*, n° 70.

système de distribution du poids des charges. Peut-il développer ses effets jusqu'à permettre au copropriétaire, dans des circonstances particulières, de « s'exclure » de l'ordre collectif auquel il appartient ? En d'autres termes, le copropriétaire pourra-t-il parfois revendiquer le droit de ne pas assurer la part de charges que le jeu normal des règles semble lui commander de supporter ?

C'est cette question de principe que soulève celle de savoir si le copropriétaire qui a engagé ou soutenu avec succès une instance à l'encontre du syndicat, devra participer, en sa qualité de membre, aux frais et dépens auxquels la personne morale a été condamnée suivant les dispositions de l'article 129 du Code de procédure civile (56).

258. — B) Les termes du problème sont simples, mais il faut cependant mettre à jour les contradictions aiguës qu'ils recèlent, pour tenter de tracer les lignes d'une solution.

La singularité de ces données procède du dédoublement de qualité du copropriétaire qui se trouve être tout à la fois *dans* le syndicat et *contre* lui. En outre, la tension résultant de cette dualité principale, est d'autant plus vive que, par nature, les frais et dépens de justice appartiennent aux charges générales de l'immeuble, et qu'ils sont à ce titre soumis à un mécanisme de répartition à dominante collective, obéissant aux dispositions de l'article 10, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1965 (57).

C'est d'ailleurs en considération de ce caractère que l'on a pu soutenir que le copropriétaire ne pouvait, en aucune façon, se soustraire à son obligation : « De la sorte, le copropriétaire gagnant supportera malgré tout une partie des frais de justice » (58), opinion qui n'est cependant pas unanimement partagée. Pour certains, le copropriétaire devra être exempté de contribution, non seulement parce que la solution paraît plus équitable, mais encore parce qu'en engageant une instance à l'encontre du syndicat, le copropriétaire s'est, en quelque sorte, *mis sur le point objet du litige, hors du groupe ment* (59). Quant à la jurisprudence elle a donné jusqu'à une époque récente l'apparence de la confusion.

Certaines décisions, les plus nombreuses, dispensaient le copropriétaire de toute participation (60). Tandis que d'autres lui impo-

(56) Sur ce point, cf. GARGAT, *op. cit.*, p. 727. — MICHALOPOULOS, n° 184, et GIVORD et GIVERDON, *Traité*, p. 413, n° 560.

(57) VIGNERON, *Jurisclasseur civil*, *op. cit.*, n° 67. — GIVORD et GIVERDON, p. 156, n° 216.

(58) GIVORD et GIVERDON, *Traité*, p. 413, n° 560. — CABANAC, n° 3142, p. 241. Plus nuancé cependant dans sa note, T.G.I. Lyon, 30 nov. 1967, A.J.P.I. 68.688.

(59) GARGAT, *La propriété immobilière à Grenoble*, thèse 1954, cité par CABANAC, *réf. précitée*.

(60) Notamment dans ce sens, T.G.I. Lyon, 17 janvier 1964, *Inf. Copr.* 1964. 429 ; T.G.I. Saint-Etienne, 5 juillet 1965 ; *Inf. Copropriété* 1967, p. 13, reporté par CABANAC, p. 241, notes 55 et 56 ; T.G.I. Lyon, 30 novembre 1967, A.J.P.I. 1968.687.

saient cette charge (61). Solution à laquelle vient de se rallier la Cour de cassation (62).

On peut cependant s'interroger sur son opportunité. Là encore, la réponse ne saurait être singulière, l'unité étant porteuse d'une rigueur inadéquate. C'est par une approche *relative* du problème qu'il importe de rechercher la solution. A cet égard d'ailleurs, les motifs des jugements et arrêts que nous avons signalés sont plus riches d'enseignements que leurs dispositifs.

On s'aperçoit ainsi, à leur lecture, que le raisonnement de la jurisprudence est *moins guidé par l'analyse de la nature des dépens en eux-mêmes que par celle de l'action engagée*. Ici, une distinction semble pouvoir être opérée parmi les actions susceptibles d'être mises en œuvre par le copropriétaire à l'encontre du syndicat entre celles qui lui permettent de sauvegarder son lot, et les droits propres qui lui sont attachés et celles qui lui donnent la possibilité d'assurer la défense de l'intérêt collectif, que par son attitude la majorité syndicale aurait délibérément sacrifiée.

1) Les premières ont une *vocation individuelle*, si bien qu'elles ont pour effet de mettre le copropriétaire à l'écart du groupement et, de ce fait, on ne peut guère concevoir de lui faire supporter une part des frais de justice. Il en ira ainsi des dépens afférents à une instance aboutissant à allouer à un copropriétaire des dommages-intérêts pour réparation d'un préjudice à lui causé par une décision syndicale (63), ou encore déclarant sans fondement l'opposition manifestée par un syndicat à l'aliénation par fraction séparée d'un lot privatif (64).

2) Les secondes, en revanche, ont une *vocation collective*. Leur exercice traduit la volonté d'intégration du copropriétaire au groupement dont il estime être le dépositaire des intérêts. Dans ce cas, il paraît logique qu'il participe pour sa part aux frais de l'instance qui a permis de corriger une décision ou une attitude contraire à l'intérêt commun. Ce sera le cas lorsque l'action aura pour objet de contester une résolution tendant à favoriser certains copropriétaires au détriment d'autres, dans l'usage des parties communes (65).

(61) Paris, 2^e ch., 20 octobre 1970, J.C.P. 1970.II.16765, note DESIREY.

(62) Cass. Civ. 3^e, 29 octobre 1974, J.C.P. 1975.II.17929, note GUILLOT. « C'est à bon droit qu'une Cour d'appel décide que le syndicat et le copropriétaire étant condamnés à supporter dans le caractère des dépenses administratives ne sauront être exonérés des charges qui lui incombent à titre de copropriétaire, à l'occasion du procès qui l'a opposé au syndicat.

(63) Tribunal de Grande Instance, Nantes, 3 juin 1970, précité.

(64) Tribunal de Grande Instance, Lyon, 30 nov. 1967, « selon lequel aucune part de ladite somme (D.I.) ni des dépens ne pourra être réclamés à X... au titre des charges communes ».

(65) Paris, 20 oct. 1970, précité. Dans l'espèce, l'assemblée avait autorisé quelques copropriétaires à stationner leur véhicule dans une cour commune.

Telle est la règle qui paraît devoir être affirmée en la matière puisqu'elle traduit fidèlement dans son application *la dualité affectant foncièrement l'organisation légale de la copropriété qui veut faire du copropriétaire tout à la fois un propriétaire et le membre d'un groupement*.

Le régime de la contribution dans son ensemble y puise d'ailleurs son particularisme. Il participe et de la nécessité de sauvegarder la chose commune, *objet du droit de chacun, et d'assurer la dynamique de la collectivité* dans les limites de sa finalité intimement liée d'ailleurs à la première de ces exigences.

Pourtant, cette deuxième est plus effacée que la première, car l'ordre collectif n'est pas ici recherché. Il s'impose à la volonté individuelle, sans doute consciente de cet état, qui reste principalement orientée vers les éléments individuels qu'il renferme.

Elle devient, en revanche, prépondérante dans le groupement d'action collective, chacun des membres ayant l'obligation, par son effort financier, de soutenir celle-ci.

SECTION II

L'OBLIGATION AUX COTISATIONS DANS LES SYNDICATS ET ASSOCIATIONS

259. — La contribution financière à laquelle le membre d'une association ou d'un syndicat se trouve tenu, a un sens quelque peu différent de celui de l'obligation aux charges. La cotisation est le signe tangible de sa participation délibérée à l'action collective et constitue en quelque sorte l'engagement élémentaire exigé pour son appartenance au groupement.

Elle est considérée par le législateur « comme la ressource normale de l'association » (66). De là découle l'importance de cette obligation, et par là peut-on expliquer que les statuts organisent les modalités et la spécificité des sanctions.

Habituellement, le versement de la cotisation est régulier. Le plus souvent annuel pour les associations, mensuel pour les syndicats. Cependant, il arrive fréquemment qu'une clause des statuts autorise leur « rachat » c'est-à-dire ouvre la possibilité aux adhérents de se libérer par un versement forfaitaire unique. L'exercice de ce droit peut être à l'origine de conflit entre la personne morale et ses membres.

(66) VERDIER, *Traité du droit du travail*, p. 259, n° 120. — CAMERLINCK, LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 389, n° 491. — OZANAM, *op. cit.*, p. 65, n° 88.

260. — Une première difficulté surgit lorsque prématurément est rompu le lien collectif, soit du fait de la démission d'un adhérent, soit du fait d'une dissolution anticipée.

Dans ces conditions, *quid* du versement intervenu au titre du rachat des cotisations ? Invoquant le caractère aélatoire de ce dernier, la Chambre des requêtes a estimé qu'il était définitif et « restait acquis au groupement » (67), solution qui, si elle paraît fondée en cas de démission volontaire, est au contraire critiquable en cas de dissolution, car elle conduit à rendre particulièrement contraignante une faculté initialement conçue dans le seul intérêt individuel des futurs membres, et ayant pour objet d'adapter l'obligation de cotiser à leur situation personnelle.

Inversement, on peut se demander si l'association ne sera pas en droit de solliciter de la part du sociétaire, ayant cependant exercé sa faculté de rachat, une contribution supplémentaire, si à la suite de circonstances économiques, elle a dû de façon générale augmenter le montant des cotisations, ou si dans le cadre son activité, elle a été amenée à créer des services appelant de nouveaux frais de fonctionnement. On a coutume d'appréhender ce problème à travers une conception purement contractuelle des rapports s'établissant entre l'association et ses adhérents (68).

A partir de cette dernière, deux voies sont ouvertes : soit considérer que par le rachat, la convention en elle-même est devenue forfaitaire, et que dès lors, quelles que puissent être les charges nouvelles que doit assurer le groupement, le sociétaire n'en supportera en aucune façon les incidences ; il profitera alors de toute espèce d'avantages qui n'existait pas au moment de son adhésion ; soit dissocier le rachat forfaitaire du contrat lui-même : « le rachat, écrit M. Ozanam en ce sens, s'il éteint à forfait l'obligation continue qui est inhérente par sa nature à une cotisation, n'exerce corrélativement aucune influence sur l'étendue des droits dont l'associé pourra revendiquer la jouissance » (69).

Si bien que dans l'hypothèse de la création de nouveaux services : « ceux-ci (les membres) ne sont fondés à en faire usage qu'à la condition de fournir de leur côté, si le représentant du groupement l'exige, un équivalent » (70). Cette conclusion mérite d'être approuvée. Mais sa justification contractuelle ne peut emporter la conviction.

(67) VERDIER, *op. cit.*, n° 120, citant Req., 12 juin 1934, D.H. 1934.429.

(68) BRUN et GALLAND, *Traité de droit du travail*, S. 1958, p. 658, III.20 : « Les membres du syndicat sont liés au groupement par un contrat qui revêt deux aspects principaux, d'une part, un contrat d'adhésion en entrant dans le syndicat, ils en adoptent les statuts ; d'autre part, un contrat synallagmatique : l'adhérent s'oblige à payer les cotisations et en contrepartie il est fondé à compter sur des avantages ». Contre la conception contractuelle : cf. VERDIER, *op. cit.* — COULOMBEL, *op. cit.*, p. 271 et s.

(69) OZANAM, *op. cit.*, p. 69, n° 91.

(70) OZANAM, *ibidem*, p. 70.

261. — Ce qu'il importe de souligner c'est que l'adhésion à un groupement de ce type implique la modification de la condition individuelle tout entière de ses membres, en en intensifiant les aspects négatifs et positifs. En entrant dans un syndicat, le syndiqué accepte d'inscrire sa condition de travailleur dans un ordre collectif qui lui apportera des avantages, mais aussi, fera peser sur lui des obligations nouvelles et parfois plus intenses. Ce qui suppose que *par et pour* l'action collective, la situation individuelle à l'intérieur de la collectivité, évoluera avec le devenir de cette dernière. S'arrêter à une analyse uniquement contractuelle ne rend pas compte de cette dynamique et conduit à figer les relations internes au groupement. Au vrai, la soumission des adhérents aux impératifs collectifs prend ses racines moins dans l'engagement contractuel initial, que dans le fait de groupement lui-même.

L'examen des sanctions applicables en cas de non-versement des cotisations vient étayer cette remarque. Sans doute, la personne morale sera-t-elle en droit de poursuivre en justice leur recouvrement (71) mais surtout les statuts comportent le plus souvent, valablement, des clauses suivant lesquelles le défaillant devra subir des sanctions propres au droit des groupements : amende, suspension, exclusion, parfois enfin l'adhérent sera considéré comme démissionnaire.

Autrement dit, en se refusant à remplir ses obligations, le syndiqué ou le sociétaire, rompt certes le pacte conclu au moment de son entrée dans l'ordre collectif, mais principalement se met hors du groupe, auquel il ne peut plus être intégré puisqu'il ne respecte pas les normes dont la personne morale est le gardien. Il se trouve en rupture avec « l'ordre privé » qui constitue l'élément fondamental de l'organisation collective. C'est une même base de raisonnement qui doit justifier l'existence d'un pouvoir disciplinaire.

(71) Tribunal de Grande Instance de Langres, 24 juil. 1952, Gaz. Pal. 1952.2. 387, cité par VERDIER, *op. cit.*

L'AUTORITE DANS L'ORDRE COLLECTIF

262. — La dynamique d'une collectivité organisée, l'efficacité de son action, supposent nécessairement une cohésion interne et donc, dans une certaine mesure, l'harmonisation du comportement de ses membres.

Admettre que chacun d'eux conserve le libre exercice de son droit renfermerait la négation de toute réalité collective. Il est donc naturel que les groupements personnifiés soient investis, à l'égard de leurs adhérents, « d'un pouvoir d'autorité » (72) qui, dans l'intérêt commun, fixe les justes limites du champ de l'initiative individuelle.

Le pouvoir qui se présente comme un élément nécessaire à la vie collective constitue une manifestation singulièrement topique de l'effet créateur de la personnalité morale d'un ordre collectif véritable.

Certes, dans les groupements présentement analysés, cet ordre spécial est largement réceptif aux principes individualistes de l'ordre général, cela est inhérent à leur objet et à leur finalité, mais il n'en demeure pas moins que le pouvoir d'autorité apparaît comme un signe révélateur de la consécration par le droit d'un système ayant ses normes et ses propres références.

C'est Hauriou qui, le premier, a mis en lumière l'originalité de ce pouvoir et de ses implications théoriques. A ses yeux, il s'exprime sous deux formes : d'une part « le droit disciplinaire qui représente l'intérêt du groupe exprimé par la coercition du pouvoir de domination » ; d'autre part « le droit statutaire qui représente l'intérêt du groupe exprimé par l'adhésion individuelle des membres aux procédures collectives de la vie corporative » (73).

C'est de ce double point de vue que nous nous placerons successivement.

(72) COULOMBEL, thèse précitée, p. 271 et s. ; *adde*, LECAL et BRETHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, 1938.

(73) HAURIOU, *Principes de droit public*, p. 135 et s., *sp. pp.* 136 et 137 ; *adde*, ROUJOU DE BOUBÉE, thèse précitée, p. 265.

SECTION I

POUVOIR DISCIPLINAIRE
DANS LES ASSOCIATIONS ET SYNDICATS

263. — Encore que se manifestant, avec une intensité différente dans l'un et l'autre de ces groupements, c'est dans les associations et syndicats que le pouvoir disciplinaire de la personne morale sur ses adhérents se trouve être consacré.

Il se présente comme le corollaire de la faculté reconnue à la collectivité de donner des ordres à ses membres (74) puisqu'il s'analyse comme le droit de sanctionner, par des peines privées pouvant aller jusqu'à l'exclusion, le manquement par l'un des sociétaires à l'ordre donné.

Mais si le principe du pouvoir disciplinaire des associations et syndicats n'est pas contesté, en revanche, les difficultés se font jour lorsqu'il s'agit de lui donner un fondement. Là encore, la solution du problème posé est fonction du contenu que l'on confère au concept de personnalité morale.

S'agissant de la personne morale des associations et syndicats, il semble que les propositions avancées par la doctrine et la jurisprudence s'orientent dans trois directions :

On peut, tout d'abord, soutenir que le principe de personnification n'a d'effet *qu'externe*. Dans ces conditions, les relations internes du groupement et les sanctions aux obligations qui en procèdent, reposeront sur *le contrat liant les sociétaires entre eux* (75) ; c'est la négation de l'existence de tout ordre collectif interne.

Différente d'un point théorique de la précédente, mais identique sur le plan pratique, est la doctrine selon laquelle : si la personnalité morale est dotée d'effets internes, il faut les rattacher au fait qu'elle est un sujet de droit à part entière, qui entretient avec ses membres des rapports d'ordre conventionnel. Le pouvoir disciplinaire sanctionne la non-exécution par l'adhérent de ses engagements (76).

Enfin, si l'on envisage la personnalité morale comme une technique juridique dont l'objet est de transformer la condition individuelle de chacun des adhérents par leur intégration à un ordre collectif, dont la dynamique est sous-tendue par l'action commune, on considèrera que « le pouvoir disciplinaire procède de l'autorité néces-

(74) COULOMBEL, thèse précitée, pp. 271 et 277.

(75) Notamment VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les personnes morales*, L.G.D.J. 1919.

(76) S'agissant de syndicats, cf. notamment, BRUN et GALLAND, *Traité de droit du travail*, III.20.

saire à tout groupement sur ses membres, en constitue le complément indispensable et possède le même fondement qu'elle » (77).

Il est remarquable que cette dernière conception soit fondamentalement d'une autre nature que les deux premières qui restent essentiellement individualistes.

264. — L'importance du choix que l'on opère entre les branches de cette option n'est pas uniquement théorique. En effet, il gouverne l'étendue et la signification même du rôle dévolu aux tribunaux dans le contrôle de l'exercice par les organes collectifs du pouvoir disciplinaire.

En effet, si l'on inscrit ce pouvoir dans une logique purement contractuelle, à l'évidence, le juge sera lié dans l'appréciation de la légitimité et de l'opportunité des mesures incriminées par les stipulations statutaires; par voie de conséquence, son ingérence dans le fonctionnement du groupement restera limitée. A l'inverse, si l'on fonde le pouvoir des tribunaux sur les exigences propres à l'ordre collectif émanant de la personnification du groupement, ceux-ci, en même temps qu'ils s'affranchissent des clauses contenues au pacte social, verront leur champ d'investigation étendu.

Il est remarquable que ce soit dans cette seconde direction que s'oriente la jurisprudence, encore que sa démarche en ce sens soit mal assurée. Certes, de façon générale, il est incontestable que « le pouvoir disciplinaire tend à se légaliser et à se juridictionnaliser au point que les règles qui le régissent constituent progressivement un droit disciplinaire distinct du droit contractuel, mais aussi du droit pénal dont il tend, cependant, à se rapprocher au fur et à mesure qu'il s'élabore » (78), mais on ne peut méconnaître les hésitations, voire les contradictions, que manifestent les tribunaux dans l'édification de ce corps de règles propre à l'ordre collectif.

Ce n'est pas la moindre de ces contradictions que, tout en admettant un contrôle plus large par le juge du pouvoir disciplinaire des associations et syndicats, la jurisprudence n'ait pas, dans le même temps, abandonné les bases du raisonnement contractuel.

Bien au contraire, et assez curieusement, il semble que c'est en s'appuyant sur le principe gouvernant le contrat qu'elle a, en quelque sorte, assuré l'apparition d'un ensemble de règles autonomes et constituant un pouvoir d'autorité d'ordre privé.

Cette logique ambivalente se retrouve de façon constante lorsque l'on envisage les conflits individuels-collectifs qui ont surgi à l'occasion de la mise en œuvre des sanctions disciplinaires, et spécialement de la plus grave : l'exclusion.

(77) VERDIER, *Syndicats*, in *Traité de droit du travail* sous la direction de CAMERLYNCK, Tome V, p. 260 ; *adde*, LEGAL et BRETHE DE LA GRESSAYE, *op. cit.*, p. 12 et s.

(78) VERDIER, *op. cit.*, p. 261.

1) C'est ainsi, tout d'abord, qu'en dépit de la règle par eux affirmée, selon laquelle toute mesure disciplinaire n'est que la sanction à un manquement contractuel, les tribunaux ont, très tôt, posé le principe en vertu duquel elle ne pouvait être valablement prononcée sans que le sociétaire intéressé ait pu se prévaloir des droits de la défense (79). N'est-ce pas là transposer à l'ordre privé de l'association ou du syndicat une disposition de nature « institutionnelle » ?

2) Mais c'est relativement aux *motifs* de la sanction que le problème du fondement du pouvoir disciplinaire, et donc indirectement de la *qualité* de l'intervention judiciaire dans le fonctionnement du groupement, s'est posé avec le plus d'acuité (80).

Respectueuse d'une définition contractuelle des relations internes à l'association et au syndicat, la jurisprudence dominante décidait, jusqu'à une époque récente, que dès lors que la cause de l'exclusion était prévue aux statuts, fût-elle visée en termes très généraux, l'exclusion (ou la sanction) régulièrement décidée en la forme était légitime.

Raisonnement qui conduisait à deux séries de conséquences contraires, mais complémentaires : d'une part, les tribunaux avaient le pouvoir et le *devoir* de vérifier que les faits reprochés à l'exclu étaient conformes aux prévisions statutaires. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation jugeait qu'à défaut de mention de la *cause* de la sanction dans la notification de la décision à l'intéressé, les juges du fond étaient fondés à déclarer que les statuts n'avaient pas été appliqués (81) ; mais d'autre part, leurs pouvoirs se limitaient à cet unique objet « en matière de sanctions disciplinaires infligées à un membre d'une association en application des statuts de ladite association, énonçait en ce sens, le Tribunal de la Seine, le rôle du Tribunal se borne à vérifier si les statuts ont été régulièrement appliqués et sagement interprétés » (82).

Ainsi, le juge était-il étroitement lié par les stipulations statutaires et n'était pas investi du pouvoir d'apprécier si la mesure était opportune et conforme à l'intérêt collectif. En d'autres termes, la théorie contractuelle, d'essence individualiste, avait pour conséquence première, en cette matière, de conférer à la *collectivité* et à l'égard de ses adhérents un pouvoir disciplinaire extrêmement énergique. Tout au plus, ne devait-il pas être exercé abusivement ; mais le champ

(79) Cass. Civ., 27 octobre 1924, D. 1926.I.104 ; Rouen, 24 mai 1890, D.P. 1891.II.381 ; Req. 15 mars 1910, D.P. 1913.I.30 ; voir en matière d'association, Trib. Civ. Seine, 13 juin 1955, J.C.P. 1955.IV, éd. 6.154 ; Trib. Civ. Seine, 19 février 1957, J.C.P. 1957.II.10.260, note BRETHE DE LA GRESSAYE ; *adde*, MICHOU et TABAS, *op. cit.*, p. 25, n° 177. — OZANAM, *op. cit.*, n° 238, p. 96.

(80) VERDIER, *op. cit.*, p. 267, n° 127. — LEGAL et BRETHE DE LA GRESSAYE, *op. cit.*

(81) Req. 13 mars 1910, cité par BRUN et GALLAND, *op. cit.*, p. 660.

(82) Trib. civ. Seine, 19 février 1957, J.C.P. 1957.II.10.260, note BRETHE DE LA GRESSAYE.

d'application de cette réserve restait limité dans la mesure où l'on retenait la définition classique de l'abus reposant sur une intention malveillante.

Cependant, la construction jurisprudentielle ne constituait pas un ensemble parfaitement cohérent. En matière syndicale notamment, les tribunaux s'étaient, dans une certaine mesure, affranchis de la référence immédiate aux statuts en validant les exclusions fondées sur des motifs graves, et surtout, *en l'absence de clause particulière*, sur « la méconnaissance par le syndiqué de ses obligations syndicales » (83).

Sans doute, a-t-on fait observer que dans ces circonstances « la justice seule aura qualité pour prononcer la sanction qui s'analysera en une résiliation du contrat synallagmatique liant le syndicat au syndiqué » (84), mais, à l'évidence, il y a contradiction entre le fondement donné à l'exclusion et le motif de l'exclusion elle-même, dont l'appréciation implique nécessairement que l'on se place par rapport à l'intérêt collectif. Certes, on fera valoir qu'il y a longtemps que dans le droit des contrats, la jurisprudence a développé la théorie des obligations non écrites, mais en l'espèce, ce qu'il y a d'important dans le principe dégagé par la Cour de cassation, c'est moins l'obligation mise à la charge du syndiqué en elle-même, que le critère sur lequel elle s'appuie.

Il suppose, en effet, que le juge prenant parti sur les qualités des obligations du syndiqué, est indirectement amené à définir, de la sorte, les caractères des exigences propres à l'ordre collectif que le pouvoir disciplinaire a pour objet de faire respecter.

265. — Il reste qu'en dehors de ce cas particulier, l'intervention judiciaire dans le fonctionnement du groupement était étroitement enfermée dans les limites statutaires, les juges n'étant pas autorisés à se prononcer sur l'opportunité de la mesure.

Il faut attendre un arrêt du 16 mai 1972 pour que la première Chambre civile de la Cour de cassation renverse ce principe (85). Saisie d'un pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour d'appel qui avait refusé, en application de la jurisprudence traditionnelle, d'exercer son contrôle sur la légitimité du motif d'une exclusion, elle décide : « que cette Cour était tenue de vérifier si conformément au pacte social librement accepté par les parties et leur tenant lieu de loi, l'exclusion du demandeur procédait d'un motif *légitimant* la mesure disciplinaire prise contre lui; son arrêt doit donc être cassé pour s'être refusé à exercer le contrôle de la faute alléguée ».

Cette décision mérite d'autant plus l'attention qu'elle a été rendue, à propos d'une association, groupements dont on sait qu'on leur

(83) Civ, 27 octobre 1924, D. 1926.I.104.

(84) BRUN et CALLAND, *op. cit.*, III.21, p. 660.

(85) Civ., 16 mai 1972, J.C.P. 1972.II.17.285, note LINDON.

reconnaît traditionnellement un caractère contractuel plus marqué que celui que l'on attribue au syndicat.

Il est remarquable que s'appuyant sur une base de raisonnement identique à celle sur laquelle se fondait la jurisprudence antérieure pour refuser le contrôle, la Cour de cassation aboutisse au résultat inverse. A vrai dire, au-delà de la référence au principe contractuel contenu dans l'arrêt, c'est l'idée d'ordre collectif qui se trouve être ici consacrée et le pouvoir disciplinaire « institutionnalisé » ; envisagé dans sa conception classique, ce pouvoir était figé et par là même tendait à être discrétionnaire. Il doit, désormais, se justifier par rapport aux nécessités de l'ordre collectif. Et c'est bien ce que laisse entendre la notion expressément visée par l'arrêt de *légitimité de la sanction*.

A la vérité, il faut voir dans ce revirement de jurisprudence l'apparition au sein des associations d'un nouvel individualisme, issu de l'accueil de la réalité collective et non pas de sa négation.

C'est à partir de cette même transformation de la vision des rapports individuel-collectif que l'on peut expliquer la tendance à l'extension du domaine des décisions collectives.

SECTION II

LA SOUMISSION A LA NORME COLLECTIVE

266. — Le pouvoir disciplinaire ne se présente en réalité que comme l'élément de contrainte d'un principe plus général selon lequel dans les groupements personnifiés, l'exercice du droit individuel des adhérents est subordonné au respect des dispositions d'ordre « statutaire » (86), savoir que son titulaire ne pourra en jouir que conformément à la norme collective.

267. — 1) La première question que l'on est amené à se poser à ce sujet est de savoir, en vertu de quel mécanisme juridique, on doit admettre la soumission de l'individuel au collectif. Lui donner une réponse c'est, dans le même temps, dégager le fondement et les caractères du pouvoir normatif de la personnalité morale. A l'évidence, c'est à propos des décisions majoritaires que le problème se pose dans toute son étendue (87).

En simplifiant quelque peu ces données, on peut affirmer qu'en substance les propositions doctrinales avancées pour légitimer le pouvoir majoritaire s'inscrivent dans deux courants différents :

(86) Nous entendons ici ce terme dans le sens que lui a donné HAURIOU ; cf. *Principes du droit public*, p. 137.

(87) ROUJOU DE BOUBÉE, thèse précitée, p. 289 et s.

Dans une optique essentiellement individualiste, et donc subjective, on entreprend de justifier la soumission de l'individu à la décision majoritaire, quand bien même aurait-il manifesté une opinion contraire par la volonté *initiale* qu'il aurait exprimée au moment de son adhésion au groupement. Il y aurait, pour reprendre l'analyse exposée par Gabriel Roujou de Boubée « à la base de l'obligation de la minorité et de façon certaine, quoique plus ou moins directe une manifestation de volonté de cette minorité » (88).

Mais ce premier raisonnement se heurte à un argument décisif : l'appartenance à un groupement personnifié n'est pas toujours volontaire (89) ; dès lors, c'est en vain que l'on chercherait dans les groupements non volontaires le lien qui pourrait exister entre la volonté exprimée au moment de l'adhésion et la soumission aux décisions majoritaires.

C'est la raison pour laquelle on a entrepris, dans une autre direction, la recherche du fondement du pouvoir majoritaire. Dans une perspective « objective » cette fois, on estime qu'il trouve sa raison d'être dans les exigences et les nécessités de la vie collective (90).

Sans doute plus proche de la réalité positive que la précédente, cette opinion exprime assez fidèlement l'idée de l'apparition d'un ordre spécial cohérent ; encore faut-il s'interroger sur les critères qui permettraient de déterminer les exigences propres au groupement.

En réalité, il semble que si chacune de ces conceptions comporte une part de vérité, elles sont toutes deux affectées d'un même vice en ce sens qu'elles donnent un contenu unitaire à la volonté qui serait une volonté contractuelle exprimée dans des conditions particulières. Or, nous avons entrepris de démontrer au début de cette étude (91), que relativement au groupement personnifié, la volonté ne saurait avoir un contenu unique, ni une fonction constante.

À la volonté contractuelle qui préside le plus souvent seule ou concurremment avec la loi (92) à l'avènement de l'ordre collectif privé et qui fixe *les normes fondamentales nécessaires à sa cohésion interne*, il faut opposer la volonté qui contribue à la dynamique de cet ordre ; celle-ci apparaît comme une forme originale de l'exercice du droit dans la collectivité.

Le pouvoir normatif de la personnalité morale participe à des degrés divers de l'une et de l'autre.

Il est remarquable, toutefois, que les exigences collectives se définissent toujours par référence à l'objet et à la finalité du groupement et donc indirectement aux intérêts privatifs des membres.

(88) *Op. cit.*, p. 292.

(89) Cf. introduction, p. 1.

(90) WEILL, *Le principe de la relativité des conventions*, Strasbourg, 1938, sp. p. 942.

(91) Cf. Introduction, Tome I, pp. 34 et s., 39 et s.

(92) Cf. Introduction, Tome I, pp. 34 et s., 39 et s.

Cela est si vrai que l'intensité du pouvoir normatif de la personnalité morale sera *d'autant moins vive* que sera élevé le degré d'individualisme des prérogatives contenues dans le droit aménagé collectivement. A la limite, il cessera de développer ses effets à l'égard de prérogatives irréductiblement individuelles, dont le non-respect serait contraire à la raison d'être de la collectivité elle-même.

268. — 2) Les conditions dans lesquelles s'exerce le droit du copropriétaire illustrent de façon exemplaire ce phénomène.

Bien que la loi du 10 juillet 1965 en ait accusé le caractère communautaire, l'examen de ses dispositions relatives à la condition des parties privatives et communes de l'immeuble révèle qu'au sein de la copropriété, le pouvoir normatif varie en fonction de deux facteurs dont le jeu conjugué permet de fixer le point d'équilibre, entre le respect des intérêts individuels et les exigences collectives; il s'agit, d'une part, du domaine d'application des mesures collectives, d'autre part, de la qualité de l'obligation qui en découle pour le copropriétaire.

a) Relativement à *l'utilisation des parties privatives* tout d'abord, on observe que les stipulations au règlement de copropriété, comme les décisions majoritaires, voient leur force obligatoire singulièrement affaiblie (93), ce n'est pas dire qu'elle soit inexistante. C'est ainsi, en premier lieu, que le règlement de copropriété établit « la destination des lots » dont la modification est interdite dans la mesure où elle « contribue à définir la destination de l'immeuble » (94); de la même façon, il en fixe l'utilisation « bourgeoise », « professionnelle » ou « individuelle ». En second lieu, l'assemblée peut être amenée à prendre des mesures conservatoires de nature à *porter atteinte à l'exclusivité du droit de jouissance* privatif du copropriétaire. Il en est naturellement ainsi lorsque la construction des parties communes appelle nécessairement des travaux dans les parties privatives (95), mais il est remarquable que le copropriétaire ne soit pas en droit « de faire obstacle à l'exécution même à l'intérieur de ses parties privatives de travaux dont l'objet serait l'amélioration de l'habitation commune » (96).

Il reste, cependant, que cette ingérence du pouvoir collectif dans le domaine privatif doit demeurer exceptionnelle et résulter d'une décision de l'assemblée prise à la majorité renforcée de l'article 26 (97).

(93) Art. 26, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1965 ; *adde*, GIVORD et GIVERDON, *Traité*, p. 90, n° 120 et s.

(94) GIVORD et GIVERDON, *op. cit.*, p. 94.

(95) Art. 36, loi du 10 juillet 1965.

(96) Article 31, loi du 10 juillet 1965.

(97) Civ. 3°, 28 nov. 1973, D. 1974.252, note F.E.

Le principe est, en effet, que l'organe délibérant du syndicat « ne peut, à quelque majorité que ce soit, imposer une modification à la destination de ses parties privatives ou aux modalités de leur jouissance telles qu'elles résultent du règlement de copropriété » (98).

C'est d'ailleurs en considération du caractère fondamentalement individuel du droit de jouissance privatif que la jurisprudence fait une stricte application des clauses prohibitives (99) « le principe, a-t-on pu observer, est que tout copropriétaire est libre d'utiliser comme il l'entend les parties privatives comprises dans son lot » (100).

b) A l'inverse, s'agissant *des parties communes*, les termes du rapport des forces sont permutés, le pouvoir collectif étant revêtu ici d'un caractère contraignant prononcé mais non pas absolu.

C'est, en effet, la fonction première du règlement de copropriété que de fixer les conditions d'utilisation des parties communes; c'est ainsi qu'il comportera valablement des clauses précisant les modalités d'usage de tel ou tel équipement commun ou prohibant des actes d'utilisation privative.

Mais ce qu'il importe de souligner, c'est que la réforme de la copropriété en a accusé les traits « normatifs » au détriment de ses qualités « contractuelles ». Elle reconnaît, en effet, à l'Assemblée générale statuant à la simple majorité le droit d'en modifier le contenu; dans le même ordre d'idée, il est intéressant de relever que depuis la loi du 10 juillet 1965, les clauses fixant une limite à la libre initiative de chacun « ne seront valables que si elles sont conformes à la destination de l'immeuble qui constitue désormais une sauvegarde contre les stipulations abusives des règlements de copropriété » (101).

Que peut-on inférer de l'ensemble de ces mesures ? Il est remarquable que le législateur de 1965 ait substitué à une vision figée et absolutiste des pouvoirs au sein de la copropriété une vision plus dynamique et plus « relativiste ».

A la fois plus contraignant et plus vulnérable, le pouvoir normatif de la personnalité morale du syndicat traduit l'existence d'un *ordre collectif original qui recèle en lui-même des forces antagonistes, mais aussi et surtout, des instruments nécessaires à les équilibrer*.

Cet ordre engendre un individualisme qui, loin de lui être contraire, en tire des vertus nouvelles. C'est à cette même idée qu'il faut encore rattacher le renforcement du pouvoir de transformation de la personnalité morale qui affecte la structure même du droit subjectif classique.

(98) Art. 26, al. 2, de la loi du 3 juillet 1965.

(99) Civ. 1^{re}, 12 nov. 1963, D. 1964.281, note AZOULAY.

(100) GIVORD et GIVERDON, *Traité*, p. 93, n° 125.

(101) GIVORD et GIVERDON, *Traité*, p. 104.

CHAPITRE II

Le pouvoir de transformation de la personnalité morale et les aménagements relatifs à la structure du droit.

269. — Lorsqu'un groupement est dépourvu de personnalité juridique, en l'absence de réalité collective consacrée juridiquement, chacun de ses membres se trouve être à la tête d'un droit qui reste fondamentalement identique à ce qu'il serait s'il était parfaitement individuel. Mais la personnification emporte des effets relatifs à la *qualité même* du droit des membres, puisque ses vertus s'accompliront désormais au sein d'un ordre collectif véritable. C'est le pouvoir modificateur de droit de la personnalité morale; il en affecte la structure même, de deux façons : *négative et directement*, tout d'abord : au sein de l'ordre collectif, le droit des membres perd quelques-unes des prérogatives que renferme cependant son modèle de référence (Section I) ; *positive et indirectement*, ensuite : la personne morale en tant que telle est titulaire de droits collectifs mais à vocation individuelle, si bien que du fait de son appartenance au groupement, chacun des membres acquiert de la sorte des prérogatives nouvelles et originales (Section II).

L'analyse de cette double modification substantielle du droit conduit à s'interroger sur le point de savoir si elle ne remet pas en question sa nature même (Section III).

SECTION I

LA TRANSFORMATION DU DROIT
ENVISAGEE SOUS SON ASPECT NEGATIF

270. — Le fondement et les modalités de mise en œuvre de cette transformation prendront, avec l'objet du groupement lui-même, un aspect spécifique. Cependant, elle est le plus souvent la conséquence de deux exigences, tantôt isolées, tantôt cumulées, inspirées par l'intérêt collectif : la nécessité d'harmoniser les situations individuelles à l'intérieur de la personne morale pour conférer au groupement plus d'homogénéité et de cohésion, et la nécessité de transférer au groupement certains attributs du droit subjectif aménagé collectivement.

*Sous-Section I*LES ATTEINTES TENANT A L'HARMONISATION
DES SITUATIONS INDIVIDUELLES

271. — C'est au sein des groupements de créanciers qu'est ressentie, avec une acuité particulière, la nécessité d'uniformiser les caractéristiques des droits de chacun des membres. L'intérêt collectif, étant élément moteur de l'action commune, dérive au moins partiellement de l'identité de la condition juridique des membres du groupement. Or, si elle est systématiquement satisfaite dans la masse des obligataires qui ne rassemble que des créanciers titulaires d'obligations d'une même émission et conférant les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale (1), en revanche, la plus grande diversité règne à l'intérieur de la masse du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens. Le seul point commun à la situation personnelle de l'ensemble des créanciers est la défaillance de leur débiteur. Aussi, est-il nécessaire, pour que soit possible et fructueuse l'action collective, d'uniformiser le régime de leurs droits.

Dès lors, il importe, dans le respect de l'élément essentiel des droits, d'effacer les différentes modalités qui particularisent certaines des créances et qui, de ce fait, seraient un obstacle au bon déroule-

(1) Art. 284 de la loi du 24 juillet 1966, Encyclopédie Dalloz, *Sociétés*, V. Obligations, n° 285 et s. Cf. également la jurisprudence antérieure à la loi du 24 juillet 1966 qui, de l'identité des régimes du droit des créanciers, tirait l'existence d'un intérêt commun, susceptible de justifier la constitution d'une masse : Trib. civ. de Grasse, 19 avril 1937, S. 1938, p. 26.

ment des procédures de concours. C'est ainsi que le jugement constatant la cessation de paiements, emporte dans le même temps la « cristallisation » des créances. Elle fait échec *aux effets du temps* sur les créances, et ce, tant en ce qui concerne leur montant qu'en ce qui concerne leur exigibilité puisque, de plein droit, sera prononcée la déchéance du terme.

De la même façon, lorsqu'elle est libellée en monnaie étrangère, la créance sera convertible en monnaie nationale « selon le cours du change à la date du jugement » (2).

Ce qui nous paraît significatif, *c'est moins le principe de cette règle que sa portée*. La conversion ne s'effectuera « qu'à l'égard de la masse ». C'est dire qu'à l'appartenance au groupement est liée la modification du droit des membres, car elle favorise sa cohésion interne. C'est pourquoi, les créanciers retrouveront, après la solution de la procédure, la possibilité de recouvrer le solde existant du fait de la hausse du cours de la monnaie étrangère, postérieure au jugement, entre la somme reçue et la somme réellement due.

Pour les mêmes considérations, le jugement arrêtera le cours des intérêts des créances chirographaires (3). Ces dispositions ne sont pas à l'abri de tout reproche. Elles ont, selon certains auteurs, pour effet de rompre sous couvert du principe d'égalité, l'égalité même entre les créanciers (4).

Critique fondée si l'on conçoit les procédures de concours comme un mode particulier d'exécution du droit des membres dans leur plénitude. Mais elles sont plus que cela. Leur caractère collectif implique que le droit de chacun soit remodelé pour obtenir une égalité réelle et non pas formelle. Elles n'ont plus pour objet de permettre aux membres de la masse de réaliser leur droit dans la totalité des attributs qu'il renferme, tel qu'il était avant le prononcé du jugement, mais de permettre au plus grand nombre de participer, dans une mesure aussi importante que possible, à l'exécution du gage commun et au règlement collectif.

Dès lors, cet impératif simplement quantitatif emporte des effets qualitatifs. Pour atteindre ce but véritablement communautaire, le droit des créanciers faisant partie de la masse sera modifié dans sa structure. Ainsi apparaît le jeu mutuel du contenu du droit avec le droit lui-même.

(2) Article 37, alinéa 2, loi du 13 juillet 1967.

(3) Art. 39, alinéa 1^{er}, de la loi du 13 juillet 1967, Civ., 24 mai 1943, D. 1943. 165. Cependant les intérêts attachés aux créances privilégiées et courant après le jugement ne peuvent être payés que sur les sommes résultant de la réalisation du gage qui leur est affecté, ce qui peut conduire les créanciers privilégiés à imputer les intérêts nés postérieurement au gage, en premier lieu sur cette somme et à prendre en charge les intérêts antérieurs.

(4) Léon MAZEAUD, *Cours de droit*, Licence IV, 1968, Université de Paris, p. 680.

272. — Indépendamment du fait qu'elle permet une simplification de la procédure, cette règle prend ses racines dans l'existence d'un ordre collectif générateur d'un intérêt commun. La même explication nous semble devoir être apportée à l'exigibilité immédiate des créances. Afin d'éviter des poursuites en ordre dispersé, il est nécessaire que le jugement prononce également la déchéance du terme (5), le crédit accordé au débiteur ayant par hypothèse perdu sa raison d'être.

Il a paru néanmoins à une partie de la doctrine que l'application de cette règle était inéquitable. Si elle consacrait une égalité juridique parfaite entre créanciers titulaires de créances nominalelement similaires, elle entretenait toutefois une inégalité économique du seul fait que certaines créances étaient assorties d'un terme.

Ces observations ne peuvent, à notre sens, se concilier avec l'esprit des procédures de concours où prévaut la défense des intérêts collectifs. D'ailleurs, s'il en était besoin, on pourrait le vérifier dans l'application de la règle elle-même qui s'étend à toutes les créances à terme, seraient-elles munies d'une sûreté (6).

Désireuse de donner plus d'homogénéité au groupement pour que se détache plus aisément un intérêt commun, la loi ampute de certaines de ses prérogatives, le droit propre à chaque créancier. L'identité de leur condition est déterminante dans l'apparition d'une réalité collective, indispensable au succès de l'action de la masse et indirectement à l'amélioration de la situation individuelle elle-même des membres. Là encore, c'est l'efficacité de l'activité du groupement qui justifie l'accroissement des pouvoirs internes de la personnalité morale.

Sous-Section II

LE TRANSFERT AU GROUPEMENT DE PREROGATIVES INDIVIDUELLES

273. — Du fait de ce transfert à la personne morale quelques-unes des prérogatives que renferme son droit, le membre d'un groupement se voit interdire de les exercer individuellement. Lorsqu'ils adhèrent à un syndicat, « les ouvriers et le patron perdent la faculté de définir les conditions et les modalités de travail... » (7).

De même, le régime de la créance de l'obligataire et ses modalités d'exécution ne pourront être modifiés directement par accord

(5) Article 37 de la loi du 13 juillet 1967.

(6) Sans toutefois toucher les créances conditionnelles dont le sort demeure attaché à la réalisation de la condition. Le créancier conditionnel pourra produire si la condition est encore en suspens au moment des poursuites. On consignera les sommes à la caisse des dépôts et consignations.

(7) BERTRAND, *De l'ordre économique, op. cit.*, p. 174.

de l'obligataire avec la société émettrice, ce qui a d'ailleurs pour effet de « désincarner » totalement leurs rapports. C'est l'obligation plus que le créancier qui est prise en considération.

Une observation de même nature peut être faite lorsque le transfert porte sur les éléments du droit de propriété. *Il y aura démembrement de droits réels dont les attributs seront répartis entre le groupement et ses membres.* Il doit retenir l'attention car ils ne se réalisent pas suivant les principes classiques. Le démembrement du droit de propriété tel qu'il est organisé par les dispositions du Code civil (8) a pour effet de donner naissance à plusieurs droits individuels nouveaux, qui, pour s'exercer sur une même chose, n'entretiennent cependant pas entre eux de rapports de dépendance. Ils conservent, l'un vis-à-vis de l'autre, une autonomie parfaite s'accomplissant selon leurs vertus propres.

La situation qui naît de l'éclatement du droit de propriété, opérée par le transfert à la personne morale de quelques-unes des facultés qui lui sont attachées est plus complexe. Il ne crée pas, à partir d'une même chose plusieurs îlots de souveraineté distincts, mais s'inscrit dans une perspective communautaire et dynamique. La personne morale n'acquiert de droits qu'autant qu'ils lui sont indispensables pour répondre aux impératifs d'intérêt collectif nés de son action. *Il existe une imbrication et une complémentarité permanente entre les droits qu'elle peut exercer et ceux que conservent ut singuli ses adhérents.* Il n'en découle pas comme du démembrement traditionnel un cloisonnement entre les prérogatives détachées les unes des autres; les prérogatives exercées par la personne morale sont le prolongement, collectif il est vrai, des pouvoirs dont le membre du groupement reste le maître.

Bien que dissociées, les composantes du droit sont liées entre elles par une étroite interdépendance fonctionnelle. Ainsi, surgissent des données juridiques originales qu'il sera délicat de saisir et de qualifier.

L'intégralité du droit ne sera jamais transmise à la personne morale mais l'étendue du transfert et surtout la détermination des éléments dont sera dépouillé le membre du groupement, varieront en fonction de l'objet de celui-ci. L'examen analytique de la structure du droit du copropriétaire, de même que celui de l'apporteur de biens à une association, nous permettront de vérifier cette observation.

Sans doute, le problème ne se posera pas en des termes strictement identiques dans l'un et l'autre cas. Ne serait-ce que parce qu'il est de principe dans le premier, et seulement exceptionnel dans le second. Mais ils sont de même ordre et la solution repose sur les mêmes bases de raisonnement.

(8) PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e édition, Tome III. — *Les biens* par PICARD, L.G.D.J. 1952, p. 753, n^o 716 et s.

§ 1. — Le problème de l'apport aux associations.

274. — Si la validité des apports de biens mobiliers ou immobiliers à une association déclarée (9) n'est plus de nos jours contestée, les effets découlant de cette opération demeurent imprécis. Doit-on estimer que l'association acquiert la pleine propriété du bien apporté ? Sinon, quelles prérogatives pourra-t-elle exercer sur lui et inversement, de quels droits pourra se prévaloir l'apporteur de la chose ?

275. — Il convient tout d'abord de procéder par élimination, en distinguant l'apport en association d'actes juridiques voisins. Il ne peut, en premier lieu, comme on est pourtant naturellement amené à le faire (10), être assimilé à un apport en société. Le mérite revient au Doyen Geny, d'en avoir, dans sa remarquable étude consacrée à ce problème, exposé les raisons (11) « en compensation de son apport, le membre d'une société qui l'a fait, a obtenu une part sociale lui donnant droit à une fraction de bénéfice, résultat qu'exclut la notion d'association fixée par l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901 ». Un autre argument, en ce sens, peut être tiré de l'absence de partage des biens de l'association au moment de sa dissolution (12).

Or, l'apporteur conserve pourtant la faculté de reprendre le bien lui-même, ou celui qui lui aura été subrogé. A l'occasion d'un partage de société, l'objet sur lequel porte le droit de chacun est indéterminable. A vrai dire, le droit de l'associé se ramène à la simple « vocation » à une part de l'actif social qui lui sera attribuée en fonction de l'évaluation de son apport.

Tout différent est le régime de la reprise de l'apport au moment de la dissolution d'une association. C'est le bien lui-même qui reviendra à l'apporteur ou à ses héritiers, ou à défaut la chose qui lui aura été substituée. Il faut en déduire que l'apporteur ne transmet pas à l'association la plénitude du droit qu'il détient sur la chose.

L'apport n'est pas davantage un acte de donation accompagné d'un droit de retour. Bien que cette institution eût permis d'expliquer que pendant toute la durée de sa vie, la personne morale demeure titulaire d'un droit quasiment absolu sur le bien, le rapprochement ne peut cependant aller au-delà des seuls effets techniques des deux actes. Leur nature est totalement étrangère. Tout d'abord, il n'a pas le caractère irrévocable de la libéralité puisque sa reprise

(9) Sur la condition des biens des associations déclarées, v. SEBAC, *La condition juridique des biens des associations non déclarées*, R.T.D. Civ. 1934.65.

(10) ABRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e édition, parag. 209, Tome II, p. 437.

(11) GENY, *op. cit.*, sp. p. 668, n° 9.

(12) PICHAT, *Le contrat d'association*, 1908, pp. 180, 181, n° 120.

constitue un postulat initial (13) mais encore celle-ci pourrait également profiter aux héritiers de l'apporteur; on ne saurait admettre ici l'existence d'un droit de retour « qui ne pourrait être stipulé qu'au profit du donateur » (14). Enfin, c'est un acte à titre onéreux car, en contrepartie l'apporteur se voit reconnaître des droits sociaux particuliers (15).

276. — L'apport en association est donc irréductible aux classifications traditionnelles. Il est « sui generis » (16). Mais rien ne sert de le constater. Il importe bien plutôt de démontrer le mécanisme de son originalité que l'on n'a fait jusqu'à présent que cerner à travers ses effets. Geny, s'appuyant sur une recherche préalable de l'intention des parties, avait proposé de voir en elle une simple affectation de biens : « normalement donc, explique-t-il, et en tout cas lorsque la volonté des parties s'est manifestée, on peut interpréter en ce sens l'apport à association de biens qu'elle peut posséder et administrer, se ramène, suivant les réalités psychologiques et pratiques les mieux établies, à une simple affectation de biens apportés au but de l'association, tant que subsistera et fonctionnera celle-ci, sans que la propriété proprement dite soit abandonnée par l'apporteur » (17).

Cependant, une telle analyse encourt une objection capitale que l'éminent auteur avait d'ailleurs décelée (18). L'association acquiert la faculté de disposer de la chose qui lui a été remise. Comment donc la concilier avec la nature d'une simple affectation de biens. Mieux vaut, à notre sens, considérer que l'on se trouve en présence d'une « affectation de droits » ce qui implique : d'une part, que l'association attributaire pourra se prévaloir de toutes les prérogatives contenues dans le droit de propriété, mais d'autre part, et inversement, que l'exercice du droit ainsi acquis se heurtera à une double limite, limite normale fixée par la spécialité de la capacité de la personne morale qui lui interdit d'en user autrement que pour répondre aux besoins de son objet, limite singulière de son caractère momentané qui est étroitement lié à la notion d'affectation, exclusive de transfert définitif de droits.

Le démembrement du droit de l'apporteur prend donc une physionomie spécifique, car pour être étendus — ce qui explique qu'aux termes de l'article 9 de la loi des Finances du 31 décembre 1935 : « Les apports immobiliers qui sont faits aux associations constituées conformément aux dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901... sont soumis aux mêmes droits que les apports aux sociétés civiles ou com-

(13) Dans ce sens : CHAVRIER, note sous LYON, précitée.

(14) CHASSAGNE-BELMIN, *J. des notaires*, 1958, p. 597, art. 456.46.

(15) C.A. Lyon, Civ., 20 janv. 1930, D.H. 1930.179, 24 fév. 1932, D.H. 1932.235, également BRICHET, *op. cit.*, p. 25, n° 50.

(16) CHASSAGNE-BELMIN, *op. cit.*

(17) GENY, *op. cit.*, p. 671.

(18) Article 1 de la loi du 1^{er} juillet 1901.

merciales » — les pouvoirs reconnus à l'association sur le bien apporté n'en sont pas absolus.

Il faut rechercher les raisons de cette originalité dans le fait que les associations ont certes un objet dynamique, ce sont des groupements d'actions collectives (18), mais *qu'elles ne sont pas guidées par l'intérêt patrimonial de chacun de leurs membres*. Elles n'ont pas de but lucratif. Dès lors, la personnalité morale interne du groupement étant conditionnée par sa finalité, il est logique de restreindre les pouvoirs de celle des associations à la mesure nécessaire pour remplir convenablement son objet, sans plus.

Il est significatif à cet égard de relever que, sauf stipulation contractuelle contraire, au sein des groupements d'intérêt économique qui sont des personnes morales à but lucratif (19), l'apporteur perd tout droit réel sur celui-ci « à la dissolution il n'a aucune vocation particulière à le reprendre en nature » (20).

Si l'on se place, à présent, du point de vue de celui qui a fait affectation de son droit à l'association, on constate qu'il ne s'est pas totalement dépouillé à son profit puisqu'il reste titulaire de droits, et ce, à un double titre : d'une part, en qualité de membre du groupement, il a la faculté de veiller à ce que les actes accomplis par la personne morale sur le bien apporté en vertu des droits qui lui ont été affectés, soient conformes à son objet; d'autre part, et surtout en tant qu'apporteur, nous l'avons vu, il bénéficie, comme ses héritiers, d'un droit de reprise qu'il exercera au moment de la dissolution de l'association, ce qui suppose qu'il a conservé pendant la vie de cette dernière un lien juridique avec le meuble ou l'immeuble; il n'y a donc pas eu cession pure et simple de droits.

La singularité de la situation qui heurte, il faut en convenir, la logique juridique habituellement reçue et bien que transmettant son *jus fructendi utendi et abutendi* à l'association, le sociétaire ne cède pourtant pas la propriété. Qu'est-ce à dire ?

277. — Un droit se caractérise non seulement par les éléments qui en déterminent la fonction, mais encore par ses qualités qui ne sont pas dépourvues d'effet juridique.

En devenant attributaire des composantes fonctionnelles du droit de propriété, l'association n'en acquiert cependant pas l'ensemble des qualités. La perpétuité du pouvoir attachée à la propriété lui échappe, et aussi prolongée que sera sa vie, le droit qu'elle exercera sur la chose sera frappé d'un caractère *éphémère*. Il n'y a donc pas, à vrai dire, démembrement de droit, mais éclatement de celui-ci dans le temps. *La division du pouvoir entre l'apporteur et le groupement ne*

(19) GUYON et COQUEREAU, *Les groupements d'intérêt économique*, Ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967, édition Dalloz, 1969, p. 35, n° 44.

(20) GUYON et COQUEREAU, *op. cit.*, n° 90, p. 71.

se fait pas suivant le schéma proposé dans le cadre des démembrements organisés par le Code civil, mais suivant une ligne séparant les éléments utilitaires du droit d'une part et l'une de ses qualités de l'autre. Il s'ensuit que le partage des prérogatives n'est pas simultané mais successif, le sociétaire jouissant d'un droit réel différé.

Certes, l'emprise du pouvoir collectif sur le droit individuel est extrêmement forte, et cela provient de ce que l'objet normal d'une association n'est pas d'aménager collectivement la propriété. L'utilisation par elle d'un meuble ou d'un immeuble se présente comme le moyen accessoire à son activité principale.

Cependant, l'exemple méritait d'être signalé, car à l'égard de l'apporteur, il illustre clairement la relation qui s'établit entre les effets internes de la personne morale sur un droit réel et les exigences de son objet.

Il est des groupements dont l'objet est précisément d'aménager collectivement la propriété. Cette relation cesse alors d'être exceptionnelle pour devenir la règle. Mais alors, compte tenu de la finalité individuelle de la personne morale, la frontière de l'annexion du droit par elle se situera moins loin, ou différemment, les prérogatives exercées sur le bien étant distribuées sous d'autres conditions. La répartition s'opère cette fois non pas à partir d'un critère de temps : la durée d'exercice du droit, mais à partir d'un critère d'espace : celui du bien sur lequel porte le droit démembré.

§ 2. — Démembrement du droit de propriété et personne morale du syndicat des copropriétaires.

278. — Aux termes de l'article 9 de la loi du 10 juillet 1965, « chaque copropriétaire dispose des parties privatives comprises dans son lot, il use et jouit librement des parties privatives et communes ».

Le seul fait que la loi précise le contenu du droit du copropriétaire, en signale déjà à l'attention l'originalité de la physionomie au regard du droit de propriété (21). L'examen du texte révèle qu'elle procède d'une rupture entre les éléments utilitaires de la propriété qui sont distribués pour les uns au syndicat, pour les autres aux copropriétaires. Cependant, le point de rupture sera situé différemment selon que seront concernées les parties privatives ou communes.

On conçoit que le démembrement du droit de propriété ainsi opéré par le transfert au syndicat de quelques-unes des prérogatives qu'il contient, obéisse à une logique hétérodoxe et spécifique à l'ordre juridique né de la copropriété. Il nous faut en démontrer les mécanismes.

(21) Rapport GIVERDON, *Le statut de la copropriété des immeubles bâtis, traits spécifiques*, Gaz. Pal. 1967.287. — VICNERON, *Jurisclasseur Civil*, art. 666, fasc. 2, n° 1, p. 3.

279. — Le copropriétaire est titulaire sur les parties privatives, comme sur les parties communes, d'un droit de jouissance. En dépit de ce que pourrait laisser croire le texte, *la teneur de ce droit n'est pas identique* selon qu'il s'exerce sur les unes ou sur les autres. La raison principale de cette différence réside dans le fait que ce droit ne sera pas revêtu, selon les cas, des mêmes qualités, ce qui a pour effet de réagir sur le droit lui-même. Le droit de jouissance est *exclusif* sur les parties privatives, il n'est que partagé sur les parties communes. De là découle un certain nombre de conséquences complémentaires.

Si le droit du copropriétaire contient, relativement à son lot, des facultés d'usage extrêmement étendues et diversifiées, il pourra naturellement l'utiliser pour son propre compte, mais encore il sera en droit de faire procéder à tout aménagement interne qu'il jugera opportun (22).

En revanche, s'agissant des parties communes, il sera dépouillé au profit du syndicat du droit d'entreprendre des actes d'administration ou conservatoire. Sans doute, la règle n'est-elle pas absolue. En effet, ne considérant les parties communes que comme un accessoire des parties privatives, le législateur a autorisé le copropriétaire à entreprendre à ses frais, sur les premières des travaux conformes à la destination de l'immeuble, sauf à obtenir l'accord préalable de l'Assemblée générale (23). Mais les conditions d'exercice de ce droit en délimitent la portée, et permettent d'en déduire le caractère exceptionnel. Les aménagements envisagés devront, d'une part, être justifiés par la nécessité de parfaire la jouissance des parties privatives, et d'autre part, ne pas porter atteinte aux intérêts collectifs.

Dans le principe donc, le syndicat reste seul en mesure d'administrer et de conserver la chose commune. C'est pourquoi le copropriétaire verra lui échapper le droit de faire des actes d'appropriation à leur égard. La jurisprudence a, à maintes reprises et dans des cas très variés, eu l'occasion d'illustrer cette règle (24).

Est-ce à dire qu'il ait perdu le droit de propriété lui-même ? L'étude de la faculté de disposer du bien commun comme des parties privatives, nous aidera à répondre à cette question.

280. — On sait, en effet, que l'*abusus* constitue traditionnellement un élément fondamental et inséparable de la propriété. Celui qui sera titulaire de l'un devra normalement être considéré comme investi de l'autre.

Or, dans le domaine de la copropriété, le recours aux règles habituelles ne peut être que d'un faible recours, tant les solutions posi-

(22) Sur la jurisprudence dans ce sens : v. KYSCHINEWSKY-PROQUISSE, thèse précitée, p. 159, n° 217. — CABANAC, *Traité de la construction en copropriété*, éd. A.J., 1970, pp. 192-193, n° 226.

(23) Art. 26 de la loi du 10 juillet 1965.

(24) Cf. Jurisprudence citée, in *Juris. Civil*, précité, n° 22.

tives proposées par le législateur, expressément ou implicitement, sont déroutantes et non conformes à la démarche juridique communément empruntée; alors et surtout que la loi elle-même recèle de nombreuses contractions qui sont autant d'obstacles à la formulation d'une théorie cohérente. On pourrait penser, à la lecture des termes de son article 9, que le droit de disposer appartient, suivant une symétrie parfaite, au syndicat — par *a contrario* — sur les parties communes, au copropriétaire pour les parties privatives.

Mais il ne faut pas s'y tromper. La clarté de cette répartition n'est qu'apparente. Quel que soit l'angle sous lequel on aborde le problème, la division suggérée par la loi doit être reconsidérée. Il est vrai d'une part que le syndicat est habilité à entreprendre sur les choses communes certains actes de disposition; mais l'article 26, qui en fixe le principe, précise que l'exercice de ce droit ne peut porter que sur celles de ses parties dont la conservation n'est pas nécessaire à la destination de l'immeuble. *C'est-à-dire qu'il n'est pas revêtu de l'absolutisme caractéristique des prérogatives attachées au droit de propriété.*

Si on se place, à présent, du point de vue du copropriétaire, on doit convenir de l'inexactitude de la locution employée par le législateur, selon laquelle « le copropriétaire resterait libre de disposer de ses parties privatives ». Nous rejoignons, sur ce point, l'opinion émise par M. Lombois pour qui : « là encore, il semble que l'on ait voulu venger par la force des mots la faiblesse des choses » (25).

En effet, qu'il constitue hypothèque, qu'il vende ou plus simplement qu'il donne à bail, ce ne sont pas les parties privatives de son lot qui seront l'objet des opérations juridiques réalisées par le copropriétaire, mais le lot lui-même dans son ensemble. Hormis le fait que ce qui constitue les choses privatives est malaisé à saisir — ne les a-t-on pas qualifiés de « cubes d'air entre quatre murs » (26) — de par leur imbrication matérielle et de par leur évidente complémentarité avec la chose commune, il est une règle constante, affirmée à maintes reprises par la jurisprudence (27), et de nos jours impliquée par l'article 6 de la loi, qui interdit la cession séparée de droits portant sur la partie divisée ou indivise du lot, quand bien même serait-ce pour un partage.

Il est alors curieux de relever que s'il est loisible, sous réserve de conditions déjà signalées, au syndicat de disposer, sans doute partiel-

(25) LOMBOIS, *op. cit.*, n° 15, p. 95.

(26) BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, Tome IV, par VOIRIN, p. 284, cité par GIVORD et GIVERDON, *Traité*, p. 96, n° 128, qui expose la même idée.

(27) Cass. Civ., 21 fév. 1962, A.J.P.I. 1962.666 ; Civ., 8 oct. 1959, A.J.P.I. 1959, p. 762 ; Trib. Civ. de la Seine, 6 avr. 1960, A.J.P.I. 1961, p. 276. Doctrine dans le même sens : GIVORD et GIVERDON, *Traité*, précité, p. 98. — CABANAC, *Traité de la construction*, édit. A.J., 1970, p. 204, n° 279.

lement, des parties communes, le copropriétaire, quant à lui, ne jouit pas inversement sur les parties privatives de ce même droit.

281. — Cette étrange distribution de pouvoirs ne va pas sans susciter des incertitudes et des difficultés lorsqu'il s'agit de qualifier le droit respectif du groupement et de ses membres, et plus précisément de déterminer qui de l'un ou de l'autre est le véritable propriétaire de l'immeuble.

Sans évoquer présentement la nature de ces droits, il nous paraît toutefois opportun de nous demander d'ores et déjà s'il est possible de répondre à cette question. Autrement dit, le droit de propriété, n'est-il pas absent du domaine de la copropriété ? Ne serait-il pas comme un héros toujours présent mais jamais entrevu ? La réflexion doit être explicitée.

A notre sens, ni le syndicat ni le copropriétaire ne semblent être véritablement titulaires du droit de propriété tel que l'entendent les classiques. Comme dans tout phénomène de démembrement, celui-ci n'apparaîtra que si l'on résout ses éléments. Mais nous ne saurions trop insister sur le fait que si, structurellement, le droit de propriété est pulvérisé dans l'ordre juridique créé par la copropriété, ses composantes pour être confiées à des sujets de droit distincts — syndicat, copropriétaire — conservent pourtant entre elles un lien étroit et constant qui tient à la complémentarité de leur utilité.

Sans doute, certains des attributs essentiels au droit de propriété sont-ils transférés au syndicat. On peut donc estimer qu'à certains égards, le syndicat soit en droit de se comporter en « propriétaire » de l'immeuble. Cependant, il ne l'est pas dans la pureté de ses qualités. Ainsi, nous l'avons vu, sera-t-il autorisé à disposer des choses communes mais il ne pourra le faire qu'en conformité de la destination de l'immeuble.

De même, son pouvoir d'administration, qui est de sa mission normale, ne devra pas être contraire à l'intérêt collectif. Ses droits sont donc démunis de la liberté d'initiative qui, autant que le pouvoir d'entreprendre des actes matériels ou purement juridiques sur un bien, caractérisent le droit de propriété.

Parallèlement, le copropriétaire n'a la propriété que de son lot, mais il ne bénéficie sur les *parties privatives* ou communes que d'un *droit de jouissance* dont la teneur est mal aisée à cerner. Il ne semble pas possible de voir en lui un droit personnel, puisqu'il confère à celui qui a le titre, la faculté de retirer partiellement mais *directement*, les utilités concrètes d'un bien corporel. Mais inversement, il n'a pas la perfection des droits démembrés dérivant du droit de propriété énoncés par le Code civil.

En ce qu'il s'applique aux choses communes, il convient de l'analyser en un droit réel d'usage étroitement limité dans son étendue puisque se heurtant aux effets internes de la personne morale du syndi-

cat, qui sont, quant à eux, fort larges en cet endroit, afin que soit préservé le droit concurrent des autres copropriétaires. Lorsqu'il est exclusif ou contraire, il se rapproche d'un droit d'usufruit sans en avoir la plénitude. On ne peut en disposer isolément, mais encore sa réalisation ne devra pas porter atteinte à la destination de l'immeuble et par suite aux intérêts collectifs.

Il ne paraît pas exister de différence de nature entre le droit dont bénéficie le copropriétaire sur les parties privatives de son lot, et celui dont il est titulaire sur la chose commune, mais uniquement de degré. L'un et l'autre sont de même qualité et seront guidés et limités dans leur mise en œuvre par le respect des exigences communautaires que la personne morale a pour vocation de sauvegarder.

Le droit subjectif des membres des groupements personnifiés se trouve ainsi modifié dans sa structure, de façon négative. Il ne recèle pas toujours les mêmes pouvoirs que renferme le droit subjectif dont il dérive.

Certes, ces altérations sont commandées par des préoccupations spécifiques à chacune des personnes morales envisagées. Mais de la pluralité des situations, apparaissent cependant des constantes *qui participent de l'essence même de l'ordre collectif créé par la personne morale et qui le distinguent de l'ordre juridique général et individualiste*. C'est de ce même principe que procèdent les transformations positives opérées par la personnalité morale sur le droit subjectif de ses membres.

SECTION II

LA TRANSFORMATION DU DROIT INDIVIDUEL ENVISAGÉE SOUS SON ASPECT POSITIF

282. — Il serait inexact de penser que la personnalité morale des groupements ayant pour objet d'organiser et de coordonner la coexistence de droits concurrents et de même nature n'affecte la structure de ces droits que de façon négative. A vrai dire, il ne s'agit là que d'un des aspects du phénomène général de transformation du droit dans sa totalité par la personnalité morale qui comporte également et nécessairement des aspects positifs. Ce sont eux qui nous retiendront à présent.

Il convient toutefois de délimiter au préalable le champ de nos investigations.

Rappelons donc qu'il n'entre pas dans notre propos d'examiner les droits et actions qui procèdent de l'état de groupement lui-même (droit de participer aux décisions collectives, droit d'agir en justice contre le groupement, ou de se substituer à ses représentants légaux

pour agir en son nom) mais que nous intéressent, uniquement, les prérogatives acquises collectivement et qui, directement rattachées à l'objet de chaque personne morale, sont de nature à modifier *indirectement* la structure même du droit de chacun de ses adhérents.

Il est, en effet, inhérent à toute action collective, fût-elle imposée, d'améliorer la condition individuelle de ceux qui y participent. Et de ce fait, les personnes morales sont investies de pouvoirs collectifs spéciaux pour parvenir à ce résultat.

Ainsi, le syndicat des copropriétaires assure et « la maintenance » de l'immeuble commun, objet du droit privatif de chacun des copropriétaires, et son utilisation paisible, par tous et dans l'intérêt de tous; de la même façon, l'adhésion à un syndicat confère, dans le principe, à son auteur, une situation professionnelle plus favorable que la situation de non syndiqué.

Mais si l'exactitude de cette observation peut être vérifiée à propos de tous les groupements personnifiés, il reste que les groupements de créances en offrent une illustration singulièrement éloquente.

Que l'on songe, par exemple, à la condition individuelle du membre de la masse des obligataires. Certes, il perd, au bénéfice du groupement, un certain nombre de prérogatives qu'il détiendrait à titre individuel, à l'encontre de son débiteur s'il n'appartenait pas à la masse; mais inversement, celle-ci se voit reconnaître des droits collectifs qui indirectement vont modifier le droit privatif de ses adhérents. Ainsi si l'obligataire ne peut isolément contrôler les opérations réalisées par la société débitrice (28), il n'en demeure pas moins que le représentant de la masse, a en cette qualité, et relativement à celles-ci, se voit reconnaître un pouvoir d'investigation et d'information exorbitant par rapport à ceux reconnus à un créancier ordinaire (29).

Si bien que, dès lors, que l'obligataire participera aux assemblées de son propre groupement; il sera informé de façon étendue et approfondie de l'activité de son débiteur.

Mais l'analyse du droit des créanciers réunis dans la masse des procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens, offre une illustration plus frappante encore et donc plus topique de ce phénomène.

Il paraît opportun de s'y arrêter plus longuement. En effet, la masse en tant que telle dispose :

d'une part, sur les biens du débiteur défaillant d'une hypothèque légale dont l'objet est de garantir collectivement le droit de créance de chacun de ses membres (30);

(28) Art. 319 de la loi du 24 juillet 1966 ; *adde*, MERCADAL et JANIN, p. 798, n° 2979.

(29) MERCADAL et JANIN, *op. cit.*, n° 1773 et s., et 1790 et s.

(30) Article 17 de la loi du 13 juillet 1967.

d'autre part, de moyens qui lui sont propres, et qui lui permettent d'accroître, au profit des créanciers qui la composent, l'actif du patrimoine du débiteur qui constitue le gage commun.

§ 1. — Hypothèse légale de la masse.

283. — Aux termes de l'article 17 de la loi du 13 juillet 1967 « le jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens emporte, au profit de la masse, hypothèque légale que le syndic inscrit immédiatement sur les biens du débiteur ».

Il n'est pas de notre propos d'analyser les difficultés techniques afférentes à la mise en œuvre de cette garantie collective, mais il paraît intéressant d'évoquer les incidences qu'emporte sur le droit individuel des créanciers, le principe de cette sûreté conférée en propre au groupement.

Il convient au préalable d'en saisir la nature.

La tâche n'est pas aisée, dans la mesure où le régime de l'hypothèque légale subit en même temps qu'il illustre la contradiction foncière qui caractérise la masse, cette dernière étant, tout à la fois, ayant droit et tiers, par rapport au débiteur.

C'est pourquoi, on avait pu, à l'origine, nier qu'elle fût une hypothèque véritable, on préférerait y voir une forme de publicité spéciale aux procédures de concours et destinée à faire connaître l'état de faillite du débiteur (31).

Cependant, la jurisprudence plus récente devait condamner cette analyse (32). En sorte que, si son inscription a pour effet de rendre public le dessaisissement du débiteur, elle a incontestablement pour autre résultat de renforcer la situation de la masse en consacrant sa qualité de tiers. Assez curieusement donc, ce n'est pas la reconnaissance du droit de prendre hypothèque qui confère au groupement la qualité de tiers, mais l'inscription même de cette hypothèque.

Dans la perspective où nous plaçons notre recherche, il importe de mesurer les effets de cette inscription sur le droit individuel des créanciers; or, de ce point de vue, le résultat en est de « transformer tous les créanciers dans la masse en créanciers hypothécaires » (33). Ainsi, la personnification du groupement, en même temps qu'elle permet à celui-ci d'acquérir des droits propres, engendre une disqualification de la condition individuelle de ses membres.

On ne saurait sous-estimer l'importance de ce principe, toutefois, il reste à en préciser l'exacte signification.

(31) Cass. Req., 18 juin 1841, D. 1841.261; Bourges, 20 août 1832, D. 1834.246; adde, LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, Tome VII, n° 276. — THALLER et PERCELOU, *Traité élémentaire de droit commercial*, Tome II.800.

(32) HONORAT, *Hypothèque légale de la masse*, Jur. class. com. anc., art. 437-614, fasc. E 30.

(33) HONORAT, référence précitée.

284. — On observera tout d'abord que, pendant la durée de la procédure, la garantie ainsi acquise *demeure collective*. L'hypothèque préserve le gage commun par le jeu normal des règles de la publicité (34) mais uniquement contre les actes postérieurs au jugement déclaratif. Si bien que l'on a pu prétendre à son sujet qu'il s'agissait d'une mesure surabondante puisque le dessaisissement du débiteur aboutit au même résultat. Or, son utilité s'est révélée de façon spectaculaire lorsque s'est posée la question de savoir si une vente immobilière réalisée antérieurement au jugement déclaratif, mais non publiée, pouvait être valablement opposée à la masse. La jurisprudence a tranché dans le sens de la négative (35).

Du caractère fondamentalement collectif de l'hypothèque légale, on tire encore qu'elle a pour unique objet de sauvegarder les intérêts de la masse, en tant que tels et non pas l'intérêt individualisé de chacun de ses membres. En d'autres termes, l'hypothèque légale de la masse n'est pas une hypothèque individuelle, exercée collectivement pour chacun des créanciers, mais une véritable hypothèque collective.

La Cour de cassation estime en effet « que cet article (anc. art. 400 Code com.) n'a pas pour objet de conserver les droits individuels des créanciers de la faillite *les uns à l'égard des autres*, qu'il a seulement pour but de sauvegarder *vis-à-vis des tiers, les intérêts collectifs de la masse*; que dès lors, il ne saurait avoir pour effet d'étendre, de restreindre ou de modifier d'une façon quelconque les droits respectifs des créanciers existant au moment de l'ouverture de la faillite sur les biens présents ou à venir du failli » (36).

Est-ce à dire qu'il faille en conclure que l'hypothèque légale est dépourvue de toute incidence immédiate sur le droit individuel des créanciers ? La réponse doit être nuancée.

En l'espèce, l'intérêt collectif n'est pas totalement étranger à l'intérêt individuel des membres du groupement, mieux, l'un et l'autre pouvaient se rejoindre lorsque dans l'hypothèse du règlement judiciaire, la procédure aboutit à l'homologation du concordat.

Dans ces conditions, l'hypothèque légale verra ses effets individuels consacrés. Le syndic devra, s'il en a été ainsi convenu « conserver à chacun des créanciers, sur les immeubles du débiteur, l'hypo-

(34) Com., 8 juil. 1970, D. 1971, som. 12, « en cas de vente immobilière par acte sous-seing privé par un débiteur dont le règlement judiciaire a été prononcé, la masse des créanciers ne peut, en l'absence de son inscription légale, opposer à l'acquéreur le défaut de publication de cette mutation au fichier immobilier ».

(35) Cass. Com., 2 juin 1969, D. 1970.62, note PIROVANO ; *adde*, en cas de promesse de vente non publiée, Req., 26 mai 1908, D. 1909.I.425, note PERCEROU, Lyon, 7 avril 1949, D. 1950.197, R.T.D. Co., p. 282, n° 2, obs. HOUIN.

(36) Cass. Civ., 13 mai 1942, S. 1942.I.119.

thèque légale de la masse » (37). Elle garantira la bonne exécution de la convention judiciaire, et cela de façon d'autant plus efficace que son inscription à titre individuel rétroagira au jour de son inscription à titre collectif. Il n'est pas douteux qu'en cas de résolution du concordat, elle permette aux premiers créanciers d'exercer leurs droits de préférence à l'encontre des nouveaux créanciers, et cela dans la mesure des droits acquis du concordat (38).

§ 2. — Les mesures collectives destinées à accroître le gage commun.

285. — Indépendamment de l'action visée à l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, qui, permettant d'étendre le passif d'une société en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens au patrimoine de ses dirigeants, est déjà significative de la situation « privilégiée » qui est faite par le législateur aux créanciers dans la masse pris collectivement, il faut encore insister sur le fait que le groupement est, de façon générale, en droit de se prévaloir de l'opposabilité à son égard des actes accomplis par le débiteur défaillant pendant la période « suspecte ».

S'il semble intéressant de s'arrêter sur ce dernier pouvoir collectif, dont le principe est en soi riche d'enseignements, relativement aux rapports qui se développent entre, d'une part, le renforcement de la personnalité morale de la masse, et de l'autre, la transformation du droit de ses membres, il n'entre pas cependant dans notre propos d'analyser dans son entier la théorie des inopposabilités.

Rappelons toutefois qu'elle ne peut plus s'expliquer depuis la loi du 28 mai 1838 par le dessaisissement du débiteur, puisque certains actes accomplis par lui dans cette période restent pleinement valables. Si bien qu'il ne faut voir dans les inopposabilités que la manifestation du souci du législateur « de protéger les créanciers contre les fraudes du débiteur » (39). *mais aussi et surtout de la faveur qu'il porte à leur condition collective.*

S'inspirant, à l'origine, d'une idée identique à celle qui gouverne l'action paulienne, la théorie des inopposabilités n'en présente pas moins une grande originalité que l'on ne peut justifier autrement que par la prise en considération de la « réalité » collective de la masse et de ses intérêts propres.

C'est pourquoi, certains pouvoirs qui lui sont reconnus, à ce titre, sont irréductibles à ceux que détient un créancier ordinaire, en vertu de l'action paulienne. En sorte que l'on ne peut considérer

(37) Art. 74, loi 13 juillet 1967.

(38) HONORAT, *Hypothèque légale*, Jur. Class. Com., n° 27.

(39) RODIÈRE et HOUIN, *Droit commercial*, Précis Dalloz, Tome II, édition 1968.

que l'action, procédant de la théorie des inopposabilités, participe de la même nature que l'action paulienne; au contraire, si l'une et l'autre présentent des traits communs, leur différence réside précisément dans leur fondement respectif.

Il est vrai, *a priori*, les deux actions ont un même objet : il s'agit dans l'un et l'autre cas de faire échec aux actes passés par le débiteur et supposant la complicité d'un tiers. Mais leur modalité de mise en œuvre présente des différences notables qui réagissent sur leur nature, ou plus justement, qui sont les signes qu'elle ne s'inscrit pas dans le même système logique.

Dès lors que l'acte contesté a été accompli par le débiteur dans la période suspecte, il sera susceptible d'être démuné d'effets à l'égard de la masse.

Cette conséquence est « automatique » lorsque l'acte incriminé porte en lui-même les signes *objectifs* de son caractère frauduleux. Il en est ainsi des opérations dont la réalisation est révélatrice de la volonté du débiteur de favoriser un de ses créanciers, par le recours à des actes non conformes à ceux qu'ils devraient normalement accomplir en pareille situation (40).

En dehors de cette première série d'hypothèses, limitativement prévues par la loi, la masse peut encore invoquer l'inopposabilité de certains actes si elle est en mesure de rapporter la preuve qu'elle en a subi un préjudice, ce qui est relativement aisé puisqu'il lui suffit d'établir que l'opération incriminée s'est révélée désavantageuse pour le débiteur défaillant. Certes, le groupement devra, au surplus, démontrer que l'*accipiens* avait connaissance de l'état de cessation des paiements de son cocontractant. Mais est-il besoin de dire qu'il est notablement plus aisé d'établir la *connaissance d'un état économique* que la connaissance d'une *volonté malicieuse*.

Aussi bien, par le jeu d'un mécanisme de preuves, tantôt assoupli, tantôt reposant sur des présomptions, les actions nées du principe d'inopposabilité se détachent sensiblement de l'action paulienne. Ainsi se trouve renforcé le gage commun des créanciers réunis dans la masse.

286. — Il reste à s'interroger sur le fondement de ces solutions.

Si l'on se place d'un point de vue classique, on doit considérer que la masse est dépourvue de réalité collective authentique, elle assure la *coexistence* parfaite de droits fondamentalement concurrents et antagonistes. Il est naturel, dans cette première conception, de rapprocher la théorie des inopposabilités de l'action paulienne.

Il s'agit, en quelque sorte, pour la masse d'exercer collectivement, et dans des conditions privilégiées il est vrai, une action individuelle fondée sur la *fraude* du débiteur et d'un tiers.

(40) Article 29 de la loi du 13 juillet 1967.

Cette analyse, qui est essentiellement individualiste, ne tient pas suffisamment compte, à notre sens, du changement de perspective dans laquelle on place désormais les procédures de concours.

Il faut admettre, en effet, au contraire, qu'il existe aujourd'hui, une véritable réalité collective de la masse, et que la théorie des inopposabilités *sanctionne tout autant* qu'une fraude du débiteur défaillant une rupture d'égalité entre les créanciers.

Mais il faut aller au-delà pour mesurer l'importance de la mutation ainsi opérée par le droit positif. Les solutions que nous venons d'évoquer prennent leur source, dans le constat du fait qu'une entreprise en activité crée un *réseau de liens économiques et sociaux qui se développent*, non seulement entre elle et ses créanciers, mais encore *à travers elle* entre les créanciers eux-mêmes.

A côté de l'antagonisme d'intérêt que renferme ce lien d'obligation, il y a aussi l'idée de coopération. Il s'agit de la prendre en compte. On ne saurait méconnaître qu'il existe, à l'état latent, une sorte de « solidarité économique » qui s'établit non seulement entre chacun des créanciers de l'entreprise débitrice, *et l'entreprise débitrice elle-même*, mais aussi entre les créanciers. Leur réunion dans la masse, à l'occasion des procédures de concours, « réalise » cette solidarité virtuelle.

C'est de cette idée que procèdent les sujétions qui leur sont imposées, mais elle justifie aussi la situation privilégiée qui leur est faite « collectivement ». On est alors en droit de se demander si la prise en considération de l'identité de la condition économique des créanciers et de cette « solidarité » par le droit, n'a pas pour effet de modifier, dans sa qualité même, le « *vinculum juris* ».

C'est ici poser le problème plus général de la nature des droits exercés dans un ordre collectif né de la personnification du groupement.

SECTION III

LE PROBLEME DE LA NATURE DU DROIT AMENAGE COLLECTIVEMENT

De la coexistence des droits à l'intégration des droits.

287. — Nous avons pu observer que la tendance générale du droit positif est au renforcement des effets internes de la personnalité morale des groupements n'ayant cependant, à l'origine, pour objet que d'aménager et de coordonner la coexistence de droits concurrents et de même nature; elle se manifeste notamment par des modifications touchant la structure même de ces droits. On est dès lors

conduit à s'interroger sur le point de savoir si leur nature en est affectée.

Certes, le principe qui gouverne *a priori* le fonctionnement de ces groupements, reste un principe qui participe de la logique individualiste classique; mais on ne saurait méconnaître, d'un autre côté, l'effet générateur d'un ordre collectif cohérent qu'emporte la personification aux effets vivifiés de ces groupements.

On pourrait dire que le droit positif traverse, en cette matière, une phase « critique », c'est-à-dire une phase de passage.

Issue de la nécessité de coordonner l'exercice simultané et concurrent de droits individuels envisagés dans leur définition classique, la personnalité morale de ces collectivités en accomplissant ses propres vertus, tend à substituer au droit primitif un droit nouveau qui, pour avoir des utilités privatives voisines (mais non pas identiques) des utilités du droit d'origine, n'en a pas moins un contenu juridique différent; *l'idée de coexistence des droits laisse la place à l'idée d'intégration des droits.*

Cela explique que le régime des droits aménagés collectivement reste fondamentalement identique à celui de leurs droits de référence; en revanche, leur substance en est différente.

288. — En effet, que l'on observe le régime du droit du créancier dans la masse et l'on constate qu'il n'est pas foncièrement modifié par rapport au régime de droit commun. Son éventuelle cession devra se réaliser dans le respect des formes visées à l'article 1690 du Code civil.

De la même façon, le droit du copropriétaire se voit appliquer le régime des droits réels immobiliers, qu'ils s'agissent d'une transmission successorale, d'une constitution de garantie réelle, ou enfin d'une vente, ce sont les règles du droit commun qui trouvent application (41). Tout au plus, s'agissant de ce dernier type d'opération, existe-t-il des mesures particulières qui procèdent du fait qu'en même temps qu'il acquiert un bien immobilier, l'acheteur entre dans une collectivité (42).

Certes, dans cette perspective, il semble que la jurisprudence admette des clauses restrictives du droit d'aliéner encore soumette leur validité à leur conformité avec la destination de l'immeuble entendue d'ailleurs strictement (43).

Mais assez curieusement, l'identité de régime entre le droit traditionnel de référence et le droit aménagé collectivement n'exprime pas une identité parfaite de nature, car ils n'ont pas la même

(41) GIVORD et GIVERDON, *Traité*, p. 128, n° 176.

(42) GIVORD et GIVERDON, *Traité*, n° 170 et s., p. 124 et s.

(43) Cass. Civ., 17 juil. 1972, D. 1972, p. 727, note E.F., J.C.P. 1972.II.17421, note GUILLOT, R.T.D. Civ. 1973.148, obs. BREDIN.

« substance ». Ainsi, ce qui particularise la condition juridique des membres d'une association ou d'un syndicat, c'est que leur personnalité est envisagée *en tant qu'elle est engagée dans une activité donnée*.

De la même façon, le lien *d'obligation* qui unit le débiteur au créancier dans la masse du règlement judiciaire reste, sans doute, constant dans son principe, mais sa signification se trouve être transformée par les exigences collectives. Au rapport interindividuel et antagoniste initial, on substitue un rapport de coopération et de « solidarité économique », non seulement entre chacun des créanciers et le débiteur défaillant, mais entre les créanciers eux-mêmes.

289. — Mais le droit du copropriétaire offre l'exemple le plus frappant et le plus significatif de la modification substantielle qu'opère la personnification d'un groupement, sur le droit primitif de ses membres.

Comme on l'a justement relevé (44), l'évolution suivie à ce sujet, tant par la doctrine que par le droit positif, révèle un mouvement *pendulaire*; il est opportun d'en rappeler brièvement les moments, dans la mesure où indirectement c'est le *caractère collectif de la copropriété* qui se trouve être évoqué.

A l'origine, on le sait, il ressort des dispositions mêmes du Code civil (anc. 664 C. civ.) que le droit du copropriétaire ne saurait être envisagé autrement que comme un droit de propriété parfait, portant sur des fonds privatifs « juxtaposés » (45). Il n'est point besoin d'insister sur les insuffisances pratiques que nous avons ailleurs signalées (46). De cette conception *totale*ment individualiste et *matérialiste* de la copropriété, on observera toutefois qu'elle ne laisse qu'une place quasiment inexistante à la réalité collective de l'institution.

Aussi est-il naturel qu'un second courant doctrinal se soit fait jour pour tenter de surmonter les difficultés qu'avait nécessairement engendrées l'analyse classique.

Prenant davantage en considération l'imbrication matérielle des parties privatives et des parties communes, et conscients de la nécessité d'organiser collectivement l'administration de celles-ci, les tenants de la théorie dualiste analysent le droit du copropriétaire comme étant constitué de deux prérogatives distinctes, encore que liées entre elles : un droit individuel de propriété sur les parties privatives, un droit indivis sur les parties communes (47).

(44) GIVORD et GIVERDON, *Traité*, p. 108 et s., n° 141 et s.

(45) HUC, *Commentaires théoriques et pratiques du Code civil*, 1893, Tome IV, n° 351 et s. — de VAREILLES-SOMMIÈRE, *De la copropriété*, Rev. Crit., 1907, p. 583, n° 9.

(46) Cf. *supra*.

(47) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, Tome III, par PICARD, *Les Biens*, n° 312. — MARTY et RAYNAUD, *op. cit.*, Tome II, col. 2, n° 240.

Marquant un incontestable progrès par rapport à la précédente, cette vue des choses, qui a été consacrée par la loi du 28 juin 1938, n'est pas cependant sans comporter quelques inconvénients.

Paradoxalement, le plus grave d'entre eux est d'admettre, dans une certaine mesure, la réalité collective de la copropriété et de répondre aux exigences qui en naissent, par des raisonnements et des concepts fondamentalement individualistes.

L'ultime phase de l'évolution est marquée par un retour à une conception « unitaire » (48). Après avoir constaté « que le droit de copropriété est un droit réel particulier dans la copropriété par appartements, le droit de chacun des copropriétaires est encadré et par conséquent limité par de nombreux autres droits portant, si l'on peut dire, sur le même support l'immeuble divisé », Alain Piédelièvre poursuit : « un système d'obligation personnelle mêlé au droit réel est seul concevable pour organiser les rapports de copropriétaires dans le sens d'une communauté » (49).

En dépit de l'article 4 de la loi qui affirme que le copropriétaire a un droit indivis sur les parties communes de l'immeuble, c'est à cette doctrine que semble s'être rallié le législateur de 1965. L'intensification des effets internes de la personnalité morale, en accusant les traits communautaires de l'institution, a modifié le contenu même du droit de copropriétaire. Ce dernier est, semble-t-il, envisagé désormais dans une perspective *unitaire*, mais à la différence du droit que consacrait à l'origine le Code civil, il ne porte plus immédiatement sur la chose elle-même, mais sur un bien incorporel nouveau : le lot. En d'autres termes, à la conception première matérialiste et négatrice de tout aspect communautaire, on a substitué une conception purement « juridique » procédant en revanche de la consécration de la réalité collective.

C'est l'objet même du droit de copropriété qui a été de la sorte modifié. Si bien que naturellement, pour être un droit réel (par détermination de la loi) individuel, le droit du copropriétaire présente des traits originaux (50).

Il est tout d'abord complexe dans son contenu : il renferme, en effet, un faisceau de prérogatives qui permettent à son titulaire de participer à la vie communautaire et d'utiliser l'immeuble commun. À ce sujet, le droit de jouissance qu'il suppose sur les parties privatives ne nous semble pas être d'une nature différente de celle du droit de jouissance que peut exercer son titulaire sur les parties communes, leur différence résidera uniquement dans le caractère exclusif du premier.

(48) CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 79. — AZOULAY, thèse précitée, *passim*. — PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, in *L'immeuble urbain à usage d'habitation*, sp. n° 32, p. 211. — GIVORD et GIVERDON, p. 112 et s.

(49) PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, *ibidem*.

(50) GIVORD et GIVERDON, *Traité*, n° 151, p. 114 et s.

— Ce droit se réalise ensuite dans un ordre collectif dont la logique échappe dans une certaine mesure aux principes généraux du droit commun.

Il est piquant d'observer que ces qualités sont celles-là mêmes qui caractérisent le droit de l'associé. C'est la preuve que le principe de personnification renferme en lui une vertu génératrice de droits nouveaux, impliquant de nouvelles relations entre les personnes et les choses et entre les personnes elles-mêmes.

CONCLUSION

290. — L'apport le plus original du droit positif contemporain à la théorie de la personnalité morale est d'en avoir détaché le concept d'une logique purement subjective et de l'avoir consacrée en tant que technique *de transformation et d'adaptation des droits individuels traditionnels* aux exigences des réalités économiques et sociales nouvelles.

Là réside l'explication de la multiplicité et de la diversité des groupements personnifiés, mais aussi de la variabilité des effets du principe de personification.

La notion de personnalité morale n'est plus unitaire et constante dans son contenu, elle est devenue malléable; et cela parce que sa fonction interne est de substituer aux rapports figés que l'ordre individualiste classique établit entre les personnes et entre les personnes et les choses, des rapports plus dynamiques, générateurs de droits individuels originaux.

291. — Si l'on s'interroge sur la qualité du pouvoir modificateur de droit de la personnalité morale, on est contraint de constater que les justifications de nature contractuelle, avancées par la doctrine du début du siècle, sont non seulement impropres à rendre compte du principe de personification dans la totalité de ses implications, mais encore se sont révélées dangereuses. En effet, fondées sur une approche essentiellement individualiste, elles légitiment que la volonté collective s'impose dans de très larges conditions aux volontés individuelles.

La logique contractuelle recèle un risque d'oppression des membres du groupement, par le groupement lui-même.

A la vérité, mieux vaut considérer que les traits spécifiques des droits des membres des groupements dotés de personnalité morale, procèdent d'un phénomène plus riche de conséquences et plus complexe : l'apparition d'un ordre collectif privé dont la dynamique

obéit à une logique différente de celle qui gouverne l'ordre individualiste commun.

Encore faut-il préciser cette analyse. Il est remarquable tout d'abord que, compte tenu de l'objet et de la finalité de la personne morale, l'ordre collectif privé, qui en naît, soit plus ou moins perméable aux données de l'individualisme classique. Ainsi, a-t-on pu opposer aux personnes morales, opérant novation de droit, les personnes morales laissant survivre le droit dans sa nature.

Cette distinction, à travers laquelle on peut saisir dans leur contenu les conflits individuel-collectif inhérents à la vie collective, permet d'en dégager un principe de solution.

En effet, lorsque la personne morale n'a pour objet que d'organiser la coexistence de droits concurrents et de même nature, l'intensité de son pouvoir de transformation des droits restera limitée; c'est en se référant aux utilités privatives des droits subjectifs classiques que l'on cherchera le point d'équilibre du rapport des forces en présence.

En revanche, une telle démarche n'est plus concevable dans les groupements dont la personnalité opère « novation » de droit. Le degré de « collectivisation » des droits est ici sensiblement plus élevé. Le droit des associés est *essentiellement* irréductible aux classifications traditionnelles, car il procède d'un lien juridique collectif, non pas avec un bien « oisif », mais avec une entreprise à caractère économique. Dans ces conditions, les conflits individuels-collectifs ne pourront se régler que par rapport à un système logique autonome, dont les principes ne participent pas de l'ordre individualiste commun.

292. — Il reste que, au-delà de cette distinction de nature à justifier la relativité du principe de personnification, il faut observer que, de façon générale, deux courants traversent le droit contemporain de la personnalité morale.

Le premier d'entre eux a pour objet d'intensifier le pouvoir collectif et donc l'effet de transformation des droits de la personnalité morale, tandis que le second conduit à rendre ce pouvoir plus vulnérable, moins figé, et donc moins oppressif.

De la conjonction de ces deux mouvements procède un nouvel individualisme qui, non seulement n'est pas en contradiction avec les institutions collectives, mais encore en tire ses vertus.

Si l'on observe qu'il est de plus en plus difficile pour l'individu d'échapper à l'emprise des groupes, on est en droit de se demander si le droit positif, issu du pragmatisme libéral du début du siècle, n'a pas secrété avec la personnalité morale, un instrument original, portant en lui-même le germe d'un nouvel individualisme idéaliste qui, à la différence de celui qui avait inspiré les rédacteurs du Code civil, n'est plus un individualisme de la solitude, mais un individualisme de la solidarité.

TABLE DES AUTEURS CITES

- ABERKANE, *L'obligation propter rem en droit français*, L.G.D.J., 1957.
- ALIBERT, *Le Syndicat des copropriétaires*.
- AMIAUD, *L'évolution du droit des sociétés par actions*, in *Mélanges Ripert*, p. 287.
- AUBY et DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, T. II, édition 1962.
- AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 6^e édition, T. II et III, par Martin.
- AUDINET, *Personne morale et personnes physiques dans les sociétés commerciales*, Thèse Aix, 1950.
- *La protection judiciaire des fins poursuivies par les associations*, R.T.D. Civ., 1955, p. 213.
- AUCER, Note Rev. soc., 1937, p. 132.
- AUSSEDAT, *La vie de l'entreprise ; Groupes de sociétés ; 64^e Congrès des notaires de France*, 1966, T. I, p. 149.
- AUTESSEIRE, *Du report à nouveau et de l'autofinancement des sociétés*, S. 1961, chr., p. 59.
- Note sous Cass. com., 12 juin 1961, S. 1962.12.
- *De la licéité de la libre constitution de réserves*, Rev. soc. 1960, p. 1.
- AZOULAY, *Le droit de copropriété par appartements*, Thèse Paris, 1956.
- Note sous Cass. civ., 12 novembre 1963, D. 1964, p. 181.
- BARDOUL, *L'attribution d'actions aux salariés au titre de la participation des salariés aux fruits de l'expansion de l'entreprise*, Rev. soc. 1970.603.
- *L'apport en industrie dans les sociétés civiles professionnelles*, Rev. soc. 1973, p. 415.
- *Clause d'agrément et cession d'actions entre actionnaires*, D. 1973, p. 137.
- BASTIAN, Obs. sous Cass. com., 18 avril 1961, J.C.P. 1961.II.12.164.
- *La saisie et vente forcée de parts d'intérêts dans les sociétés de personnes*, J.S. 1934, p. 545.
- *Jurisclasseur sociétés*, fascicule VIII.
- *La réforme du droit des sociétés commerciales*, J.C.P. 1968.I.2.183.
- *La survie de la personne morale pendant la période de liquidation*, J.S. 1937, p. 1.
- *Les sociétés avant leur immatriculation au registre du commerce*, in *Mélanges Cabrillac*, p. 23.
- Note sous Cass. com., 15 novembre 1950, J.C.P. 1951.II.6.146.
- Trib. Com. Saint-Etienne, 6 octobre 1947, J.C.P. 1948.II.4286.

- *La réunion de toutes les actions d'une société entre les mains d'une seule personne*, J.S. 1933.65.
- Note J.C.P. 1956.II.9678.
- BATIFFOL, *Traité de droit international privé*, L.G.D.J., 1967.
- *La philosophie du droit*, P.U.F., 1962.
- BECQUE, Note sous Angers, 16 juin 1943, J.C.P. 1943.II.2392.
- BERDAH, *La responsabilité des administrateurs de société anonyme*, Thèse Nice, 1971, dactylographiée.
- Note sous Aix, 21 avril 1971, D. 1972, p. 164.
- BERMOND DE VAULX, *L'usage de la notion de contrôle par le Conseil d'administration ou le directoire dans les sociétés anonymes*, J.C.P. 1970.I.2366.
- *Les droits latents des actionnaires*, Paris, 1965.
- BERANGER, *Les conventions relatives au droit de vote dans les sociétés par actions*, Paris, 1946.
- BERTRAND, *De l'ordre économique à l'ordre collectif*, in *Mélanges Ripert*.
- *De la dialectique en droit privé positif*, D. 1951, p. 151.
- BEZARD, *La réglementation des sociétés civiles autorisées à faire publiquement appel à l'épargne*, J.C.P. 1971.I.2418.
- BIHL, *L'action « syndicale » des associations*, G.P. 1973.2.523.
- BISCHOFF, Note sous Cass. com., 17 janvier 1956, *Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, p. 418.
- BLAISE, *L'apport en société*, Thèse Rennes, 1955.
- BODIN, *Sociétés civiles professionnelles d'avoués*, Rev. Soc. 1970, p. 381.
- BOITEL, Notes Req., 28 mars 1892, D.P. 1892.I.465.
- BOUCOURECHLIEV, *Pour une société à responsabilité limitée européenne*, P.U.F., 1973.
- BOULOC, *La vente à crédit*, Cahiers de l'entreprise, 1972.
- BOURCART, *Organisation et pouvoir des assemblées générales dans la société anonyme, Influence de la loi du 14 novembre 1903 sur les assemblées générales extraordinaires pour modifier les statuts sociaux*, Journal des sociétés, 1912, p. 112.
- BOUYEUR, Note sous T.G.I. Paris, 17 décembre 1968, A.J.P.I. 1969.II.722.
- Note sous Cass. civ., 23 mars 1968, A.J.P.I. 1970, p. 96.
- Note sous T.G.I. de Brest, 15 avril 1970, p. 965.
- BREDIN, *Observations à la Revue trimestrielle de droit civil*, 1966.
- BRETHER DE LA GRESSAYE et LEGAL, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, S. 1938.
- BRODERICH, *La notion d'institution de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif*, Archives de la philosophie du droit, T. XIII, 1968.
- BRUN, *Les orientations de la jurisprudence en matière de copropriété des immeubles bâtis*, A.J.P.I. 1971.732.
- BRUN et GALLAND, *Traité du droit du travail*, S. 1958, mise à jour 1963.
- BRUNET, *Masse des créanciers et créanciers dans la masse*, Thèse Nancy, 1974.
- BURGARD, *Entretien avec le journal « Le Monde »*, in « Le Monde », 13 juin 1972, p. 21.
- BURST, *Le cohéritier de parts sociales est-il un associé ? L'attribution de la qualité d'associé en cas de pluralité d'héritiers*, Note sous Cass. com., 9 octobre 1972, D. 1973, p. 273.
- *Une personnalité morale ambiguë, la personnalité morale du groupement d'intérêt économique*, J.C.P. 1976.I.2783.

- CABANAC, *Copropriété et action en justice*, A.J.P.I. 1960.I, p. 61.
- *L'action en responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs sous le régime de la copropriété*, A.J.P.I. 1964.I.320.
 - Note sous Tribunal d'Instance de Grenoble, 18 juin 1963, A.J.P.I. 1964.2.666.
 - Note sous Lyon, 18 décembre 1963, A.J.P.I. 1965.2.966.
 - Note T.G.I. Brest, 15 avril 1970, A.J.P.I. 1970, p. 965.
 - Note sous T.G.I. St-Etienne, 18 mars 1970, A.J.P.I. 1971, p. 239.
 - Note sous Cass. civ., 23 mai 1966, A.J.P.I. 1967.121.
 - Note sous Cass. civ., 27 mai 1961, A.J.P.I. 1961.2, p. 600.
 - *Traité de la construction*, Ed. A.J. 1970, p. 204.
 - Note sous T.G.I. Lyon, 30 novembre 1967, A.J.P.I. 1968.688.
 - *Les inégalités résultant en matière de sociétés de construction du tableau de répartition des parts*, Rev. économique et de droit immobilier, 1971, p. 55.
 - Note sous T.G.I. Seine, 27 février 1961, A.J.P.I. 1962, 2^e partie, p. 180.
 - Note sous Cass. civ., 12 novembre 1963, A.J.P.I. 1964.211.
 - *Le nouveau statut de la copropriété*, A.J.P.I. 1965.652.
 - *Contestations et difficultés provoquées par la coexistence d'un syndicat de copropriétaires et d'une société de construction*, A.J.P.I. 1969.610.
 - Note sous Paris, 1^{er} juillet 1963, A.J.P.I. 1964.II.125.
- CABANAC et MICHALOPOULOS, *L'exercice des actions en justice sous le régime de la copropriété*, G.P. 1965.I, doct., p. 119.
- CABANAC et PEYNET, *Répartition des charges de chauffage collectif dans l'immeuble en copropriété*, A.J.P.I. 1965.I.465.
- CABANNES, *Concl. D.* 1971.II.598.
- CABRILLAC et SCUBE, Note sous Cass., 13 février 1973, D. 1973.
- CADIOU (Jean et Maurice), *Les sociétés civiles professionnelles d'huissiers*, Rev. soc. 1970.435.
- CAILLAUD, *L'exclusion de l'associé des sociétés*, Bibliothèque de droit commercial, Paris, 1966.
- CALAIS-AULOY, *Encyclopédie. Répertoires des Sociétés*, Dalloz, V^o associé.
- CAMERLYNCK, *Traité du droit du travail*, T. IV, par Jean-Marie Verdier.
- *L'intuitus personae dans les sociétés anonymes*, Thèse Paris, 1929.
 - Note sous Cass., 17 juillet 1930, D.P. 1930.I.163.
- CAMERLYNCK et LYON-CAEN, *Droit du travail*, Dalloz, toutes éditions.
- CAPITANT, *L'indivision héréditaire*, Revue critique 1924, p. 17.
- CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Armand Colin, collection U.
- *Droit civil*, Collection Thémis, T. I et II.
 - *Flexible droit*, 2^e et 3^e édition, L.G.D.J.
- CASTOU, *Les actions ouvertes au porteur des parts de sociétés immobilières*, A.J.P.I. 1968.I.572.
- CATALA, *Le mineur héritier en droit commercial*, in *Mélanges Hamel*, p. 149.
- *Le sort des parts sociales au décès de l'associé*, in *Mélanges Cabrillac*, p. 60.
 - *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, R.T.D.C. 1966, p. 185.
- CHALARON, *Les actions en justice intentées par le syndicat de copropriétaires*, D. 1967, chr., p. 113.
- CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration des sociétés anonymes*.
- Obs. Rev. trim. droit com., 1969.
 - *Les méthodes de groupement des sociétés*, R.T.D. Co. 1967, p. 1003.

- CHAMPAUD et PAILLUSSEAU, *L'entreprise et le droit*, dossier, collection U2.
- CHAPUT, *La notion d'objet social*, Thèse Clermont-Ferrand, 1973.
- CHARGE, *La nature du droit de vote de l'actionnaire dans les assemblées des sociétés par actions*, Thèse Poitiers, 1937.
- CHASSAGNE-BELMIN, *Journal des notaires*, 1958, p. 597, article 456.46.
- CHAUVEAU, *Le nouveau statut de la copropriété du navire*, Mélanges Cabrillac, p. 107.
- Note sous Alger, 5 mai 1926, D. 1927.143.
- *Les abus de la personnalité morale des sociétés*, Rev. Gén. de droit commercial, 1938, p. 377.
- CHAVRIER, Note sous Lyon, 8 juin 1971, D. 1971, p. 555.
- CHESNE, *L'exercice ut singuli de l'action sociale dans les sociétés anonymes*, R.T.D. Co. 1962.347.
- CHESNELONG, *Le droit de vote dans les assemblées générales*, Thèse Toulouse, 1924.
- CHEVALLIER, *Commentaire de la loi du 28 juin 1938*, D. 1939, IV^e partie, p. 73.
- CHOUKROUN, *Les droits des associés non gérants dans la S.A.R.L.*, L.G.D.J., Paris, 1957.
- CLUZANT, *Les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire et les droits propres de l'actionnaire*, Thèse Toulouse, 1906.
- COING, *Signification de la notion de droit subjectif, in le droit subjectif en question*, Archives de philosophie du droit, T. IV, 1964, p. 1.
- COLOMER, *Répertoire civil*, Dalloz, 2^e édition, V^o Communauté.
- CONTIN (R.), *L'arrêt Fruehauf et le droit des sociétés*, D. 1968, 8^e et 9^e cahiers.
- *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, Thèse Rennes, 1972.
- CONTIN et HOVASSE, *L'expert de minorité dans les sociétés par actions*, D. 1971, p. 75.
- COPPER-ROYER, Note sous Cass. com., 12 octobre 1954, D. 1955, p. 677.
- Note sous Cass. Req., 9 mars 1936, R.J.S. 1937, p. 130.
- CORDONNIER, *De quelques problèmes concernant les actions grevées d'usufruit en cas d'augmentation du capital social par mise en souscription d'actions nouvelles*, Journal des sociétés, 1961, p. 72.
- Note sous Civ., 21 octobre 1931, D.P. 1932.I.100.
- *L'objet social*, D. 1952, p. 171.
- CORNEILLE, *Conclusions*, D.P. 1922.III.34.
- CORNU, Observations sous T.G.I. Paris, 25 avril 1973, R.T.D. civ. 1973.584.
- COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, Thèse Nancy, 1950.
- COUPET, *L'action en justice des personnes morales de droit privé*, Thèse Aix, 1974.
- COUTANT, *L'évolution de l'esprit coopératif*, Reims, 1950.
- COZIAN, *La fiscalité de l'entreprise*, 2^e et 3^e édition, Librairies Techniques.
- *Images fiscales, transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés*, J.C.P. 1976.I.2817.
- CUCHE et VINCENT, *Procédure civile*, Dalloz, toutes éditions.
- DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 1952.
- DAGOT et SPITERI, *A la recherche de la multipropriété*, J.C.P. 1972.I.2481.
- DAISACE, V^o Assemblée, *Encyclopédie du droit des sociétés*, Dalloz.
- *L'actionnaire et l'assemblée générale de la société anonyme*, Rev. des sociétés, 1960, p. 254.
- Note sous Cass. com., 18 avril 1961, S. 1961, p. 257.

- DAVID, *Rapport général, in la personnalité morale et ses limites*, Travaux de l'Institut de droit comparé de Paris, L.G.D.J., Paris, 1960.
- *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, Thèse Paris, 1928.
- *Le caractère social du droit de vote*, J.S. 1929.424.
- DE JUGLART, *Une agriculture de groupe*, in *Mélanges Savatier*.
- *Obligation réelle et servitude en droit privé français*, Bordeaux, 1937.
- DE JUGLART et IPPOLITO, *Traité de droit commercial*, éd. Montchrestien, 1970.
- DELHAY, *La nature juridique de l'indivision*, L.G.D.J., 1968.
- DELMAS-MARTY (Mireille), *Les sociétés de construction devant la loi pénale*, L.G.D.J., 1972.
- DE POULPIQUET, *La responsabilité civile et disciplinaire des notaires*, L.G.D.J., 1974.
- DERRIDA, Note sous Rennes, 15 mars 1967, J.C.P. 1967.II.15.204.
- *De la nature juridique des sociétés par intérêt depuis la loi du 24 juillet 1966*, in *Mélanges Audinet*.
- *La réforme du règlement judiciaire et de la faillite*, Répertoire du notariat Defrenois.
- *Le droit de poursuite individuelle des créanciers titulaires d'une sûreté spéciale dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, D. 1967, chr., p. 251.
- Notes D. 1972, pp. 255 et 486 ; D. 1973, pp. 169 et 391 ; D. 1974, p. 55.
- Note sous Cass. com., 27 mars 1973, D. 1973, p. 577.
- DERRIDA et HONORAT (D.), Note sous Ass. Plén., 13 février 1976, D. 1976.277.
- DERRIDA-SORTAIS, Note sous Com., 7 janvier 1976, D. 1976.277.
- DERRUPPE, *Régimes de communauté et droit des sociétés*, J.C.P. 1971.2436.
- *Le sort de la société commerciale qui n'a plus qu'un seul associé*, in *Mélanges Bastian*, 1957.
- DERRUPPE et PERCEROU, *Les nouvelles techniques de concentration*, Colloque de Montpellier, 1971, p. 114.
- DESIRY, Note sous Paris, 2^e ch., 20 octobre 1970, J.C.P. 1971.II.16.765.
- DESPAX, *L'entreprise et le droit*, L.G.D.J., 1957.
- DEVOS et ROUBAUD, *Les sociétés civiles autorisées à faire publiquement appel à l'épargne*, Réf. not. 1971.29.843, p. 394.
- DIDIER, *Droit commercial*, Thémis, P.U.F., édition 1970.
- DJIAN, *Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du Marché commun*, Paris 1965.
- DONNIER, Note s. Civ., 27 octobre 1971, D. 1972.I.473.
- DRUKKER, *La pratique de la direction des entreprises*, Paris, 1957.
- DU GARREAU de LA MECHENIE, *Les droits propres de l'actionnaire*, Thèse, 1937.
- *Les clauses statutaires de continuation d'une société avec les héritiers de l'associé prédécédé*, Journal des sociétés, 1938, p. 257.
- DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive : traité de droit constitutionnel*, 2^e édition, 1921.
- *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1912.
- DURAND, *La notion juridique de l'entreprise*, Travaux de l'association Capitant, 1947, T. III, p. 45.
- *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, in *Mélanges Ripert*.
- DURAND et LATSCHA, *Le groupement d'intérêt économique*, 1968.
- J.-P. CASTAUD

- DUPUY, *Le droit des relations entre les organisations internationales*, Cours de l'académie de droit international de La Haye.
- DURIN, *L'action individuelle du copropriétaire d'un immeuble divisé par appartements*, D. 1962, chr., p. 229.
- DURRY, Observations R.T.D. civ., 1973.
- DUQUESNOY, *La dissolution des sociétés pour justes motifs*, Thèse Lille, 1926.
- DU PONTAVICE, Obs. sous Tribunal Commerce, Paris, 14 mai 1973, Rev. soc. 1974.71.
- ESCARRA, *Manuel de droit commercial*, Sirey 1947 et S. 1952.
- ESCARRA et RAULT, *Les sociétés commerciales*, Paris, 1950-1959.
- ESMEIN, Note sous Cass. com., 18 octobre 1961, D. 1962, p. 19.
 — Note sous Cass. civ., 11 octobre 1961, D. 1962, p. 32.
 — Note sous Gaz. Pal. 1965.I, p. 38.
 — Note sous Aix, 4 mai 1961, D. 1961, p. 742.
 — Note sous Cass. civ., 9 janvier 1962, D. 1962, p. 219, J.C.P. 1962.2.586.
- FABRE, Rapport sous Cass. civ. 3^e, 18 juillet 1972, D. 1972, p. 578.
- FARJAT, *L'ordre public économique*, L.G.D.J., 1963.
 — *Droit de l'économie*, P.U.F., Thémis, 1971.
- FAURE, *L'action en justice dans le domaine de la copropriété immobilière*, Thèse Lyon, 1963, dactylographiée.
- FERTE et LEPARGNEUR, *Les sociétés d'exploitation agricole*, D. 1949, chr., p. 157.
- FOYER, *La personnalité morale et ses limites*, Etudes de droit comparé et de droit international public, L.G.D.J., Paris 1960, p. 113.
- FRANÇON, *L'usufruit des créances*, R.T.D. Co. 1957, p. 1.
- FREJAVILLE, Note sous Nîmes, 1^{er} juillet 1933, D.P. 1934.2.49.
- FREYRIA, *Etude juridique sur les conventions portant atteinte à la liberté de vote dans les sociétés*, R.T.D. Co. 1951.423.
- FROSSARD, *Un vide législatif : la nationalité des sociétés*, D. 1969, chr., p. 9.
- GAILLARD, *La société anonyme de demain*, 2^e édition, 1953.
- GARGAT, *De la propriété immobilière à Grenoble*, Thèse Grenoble, 1954.
- GAVALDA, *La personne morale des sociétés en voie de liquidation*, Mélanges Hamel, p. 253.
- GAVALDA-STOUFFLET, Note sous Com., 7 janvier 1976, J.C.P. 1976.II.18327.
- REYMOND DE GENTILE (Mme), *Le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, Thèse Paris, 1970.
- GEGOUT, *Des conditions auxquelles est subordonnée l'indépendance de la personnalité d'une société par actions et de celle de son principal actionnaire*, Revue des sociétés, 1933, p. 388.
- GENY, *Les apports en immeuble aux associations déclarées*, R.T.D. civ. 1930, p. 653.
 — *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1914-1924.
- GHESTIN, *La prophétie réalisée*, J.C.P. 1976.I.2786.
- GIVERDON, Répertoire Dalloz, V^o *Administrateurs*.
 — *Le statut de la copropriété, traits spécifiques*, Gaz. Pal. 1967.287.
 — *L'action individuelle des membres d'un groupement*, J.C.P. 1955.I.1244.
 — Note sous Paris, 8 novembre 1969, D. 1970, p. 250.
 — Note sous Civ., 10 mai 1968, D. 1969, p. 45.
- GIVORD et GIVERDON, Répertoire Dalloz des Sociétés, V^o *sociétés de construction*.
 — *La copropriété*, Edition Dalloz, 1968.

- Note sous Paris, 8 novembre 1969, D. 1970, p. 250.
- Note sous Cass. civ. 3^e, 10 mai 1968, D. 1969.45.
- Note sous Civ. 3^e, 5 juin 1970, D. 1970.751.
- GINOSSAR, *Droit social, propriété et créance*, L.G.D.J., 1960.
- GOLDSMITH, *A propos du projet de loi sur les sociétés civiles professionnelles*, D. 1966, ch. 57.
- GOURDON, *Les sociétés de gestion*, Mélanges Savatier, p. 332.
- GRANGER, Note sous Cass. com., 17 janvier 1956, J.C.P. 1956.2.9601.
- GRISOLI, *Le società con solo socio*, C.E.D.A.M., édition 1971.
- GRIVART DE KESTRAT, Note sous Cass. com., 11 octobre 1971, D. 1972.688.
- GUELOT, *Apparition et évolution de la notion de groupe en droit fiscal*, J.C.P. 1969 (CI) 87.102.
- GUILBERTEAU (Monique), Note Rev. soc. 1972.713.
 - *La recevabilité de l'action civile en matière d'infractions économiques* (à propos de l'arrêt de la Chambre crim. de la Cour de cass. du 22 janvier 1970), R.S. crim. 1973, p. 633.
- GUILLLOT, Note sous Cass. civ., 21 novembre 1969, J.C.P. 1970.2.16.139.
 - Note J.C.P. 1971.II.16.819.
- GUILLOUARD, *Traité du contrat de société*, 1892.
- GUYENOT, *Les contrats de groupements économiques*, 1970.
 - Note Rev. soc. 1969, p. 162.
- GUYON, *La situation des associés dans les sociétés de construction*, J.C.P. 1962.I. 1935.
 - Note sous Douai, 5 juillet 1970, J.C.P. 1971.I.16626.
- GUYON et COQUEREAU, *Les groupements d'intérêt économique*, 1969.
- GUYOT, *Répertoire de la jurisprudence*, Paris, 1784, V^o Bâtiments.
- HAMEL, *Quelques observations sur les primes d'émission*, Rev. crit. de législation de jurisprudence, 1930, p. 185.
 - *La personnalité morale et ses limites*, D. 1949, chr., p. 141.
- HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, T. I, Paris, 1954.
- HAMIAUD, *La transparence fiscale et juridique des sociétés est-elle une amorce du déclin de l'idée de personnalité morale*, S. 1964, chr., p. 4.
- HAURIOU, *La théorie de l'institution*, 1935.
 - *Précis de droit administratif*, 3^e édition, Paris, 1907.
 - *Principes de droit public*, 1^{re} édition, Paris, 1910.
- HEBRAUD, *A propos d'une forme particulière de copropriété : la copropriété par appartement*, R.T.D. Civ. 1938, p. 22.
- HEENEN, Note sous Cour de cassation belge, 2 décembre 1952, Rev. crit. de jurisprudence belge, p. 238.
- HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Ed. Gallimard, 1940, Collection idée.
- HEMARD (Joseph), *Précis élémentaire de droit civil*, T. I, 1928.
- HEMARD (Jean), *Le problème des types de sociétés en droit français (évolution et perspectives du droit des sociétés à la lumière des différentes expériences nationales)*, Ed. Giuffrè, Milan 1968, T. I.
 - *La société d'une seule personne*, Etude de droit contemporain, 1966, T. XXX, p. 267.
- HEMARD, TERRÉ et MABILAT, *Sociétés commerciales*, éd. Dalloz, 1972.
- HERISSE et PINTRAUD, *Les sociétés civiles professionnelles d'avocats*, Rev. soc. 1971, n^o 1, p. 1.

- HEURTEUX, *L'information des actionnaires et des épargnants*, Bibliothèque de droit commercial, T. I, éd. Sirey, 1961.
- HONORAT (A.), *Les innovations du décret du 20 mai 1955 relatif à la faillite et au règlement*, L.G.D.J., 1957.
- *La situation des créanciers d'indemnités délictuelles et contractuelles dans la faillite et le règlement judiciaire*, R.T.D. Co. 1961, p. 19.
 - *La masse des créanciers dans la liquidation des biens ou le règlement judiciaire du débiteur*, in *Mélanges Audinet*, p. 227.
 - *Jurisqueuseur com., règlement judiciaire, liquidation de biens*, fasc. E40, n° 65.
 - Note sous Cass. com., 28 avril 1966, Dalloz, Sirey, 1967, p. 83.
 - Note sous Civ., 1^{er} juillet 1965, Dalloz, 1967.529.
 - Note D. 1967.530 et D. 1968.613.
 - Note sous Colmar, 3 décembre 1970, Dalloz, 1972, p. 69.
 - Note sous Com., 5 mars 1974, D. 1974, p. 475.
 - Note sous Com., 8 novembre 1973, D. 1974, p. 55.
- HOUDIN, Note sous Cass. com., 18 avril 1961, *Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, n° 69.
- Observations à la R.T.D. Co., chr. *Sociétés et Faillites et règlements judiciaires*.
 - *Le problème des fictions en droit civil*, Rapport des travaux de l'association H. Capitant, T. III, 1948, p. 242.
 - Note sous Cass. com., 17 janvier 1956, D. 1956.I.265.
 - *Permanence de l'entreprise à travers la faillite « in liber amicorum »*, Baron Frédéricque, p. 609.
 - *Encyclopédie Dalloz*, T. II, V° *Faillites et règlements judiciaires*.
- HOUDIN et GORE, *La réforme des sociétés commerciales*, D. 1967, p.
- HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité général des sociétés civiles et commerciales*, 7^e édition, Paris 1933, suppl. 1937.
- HUC, *Commentaire du Code civil*, T. IV.
- IONASCO, *La copropriété d'un bien*, Thèse Paris, 1930.
- IONESCU, *La notion de droit subjectif*, Paris, 1931.
- IPPOLITO et DE JUGLART, *Droit commercial*, 2^e vol.
- *Les sociétés commerciales*, éd. Montchrestien, 1970.
- ISSA-SAYEG, *Les fictions en droit privé*, Thèse Dakar, 1968.
- JACQUIER, *De la division par étages de la propriété des maisons*, Thèse Aix, 1935.
- JADAUD, *L'imposition des groupes de sociétés*.
- JANIN, *Les sociétés en participation au point de vue économique*, 1928.
- JAUBERT, *Jurisqueuseur civil*, articles 1848, 1864, fasc. VI.
- JAUFFRET, *La transparence civile et la protection des associés d'une société de construction*, J.C.P. 1967.I.2065.
- JESTAZ, *Vers un statut d'ensemble de la promotion immobilière*, D. 1972, chr. 177.
- JOSSERAND, *Livre du centenaire du Code civil, Essai sur la propriété collective*.
- *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, 1927.
- JULLIOT, *Traité formulaire de la division des maisons par étages et par appartements*, Paris, 1927.
- KYSCHINEWSKY-BROQUISSE, *Statut de la copropriété des immeubles et sociétés de construction*, Librairies Techniques, 1958.
- LABRUSSE, *L'évolution du droit français de la faillite depuis le Code de Commerce*, in *Faillites*, ouvrage collectif sous la direction du Doyen Rodière, Dalloz édit., 1970, p. 5.

- LACHMAN, *La transformation de la société anonyme moderne*, Thèse Grenoble, 1937.
- LACOMBE, *Les réserves dans les sociétés par actions*, Thèse Paris, 1962.
— Note sous Com., 3 avril 1973, D. 1973.580.
- LAPP, *La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés*, R.T.D. Co. 1952, p. 769.
— *Jurisclassueur société : sociétés à capital variable*, 167 A, n° 73.
- LAMBERT, *Conclusions Paris*, 24 novembre 1954, D. 1955.I.236.
- LAMBERT (Guy), *La personnalité juridique de la masse*, J.C.P. 1960.I.1568 et 1590, J.C.P. 1961.I.1643.
- LARGUIER, *La notion de titre en droit privé*, 1951.
- LAVABRE, D. 1969, chr. 35.
— D. 1970, chr. 101.
- LE BAYON, *L'usufruit des parts sociales*, Rev. soc. 1973, p. 435.
- LEBLOND, *Des droits respectifs de l'usufruitier et du nu-propriétaire dans les bénéfices*, G.P. 1956.2, doct. 1.
- LE DOUAREC, *Débats parlementaires*, rapport n° 1386, T. I, p. 27.
- LE GALCHER-BARON, Note D. 1958.477.
— *Le regroupement des actions non cotées* (loi 10 juillet 1964), J.C.P. 1964.I.1880.
- LIET-VEAUX, Note sous Conseil d'Etat, 17 février 1971, J.C.P. 1971.II.16.700.
- LEJEAND, *Remarques sur l'objet social*, Banques, 1958.272.
- LEMEUNIER, *Les sociétés civiles*, Ed. Delmas, 1968.
- LESCOT, Note S. 1935.I.297.
- LESOURD, *L'annulation pour abus de droit des délibérations de l'assemblée générale*, R.T.D. Co. 1962.1.
- LEVASSEUR, Note sous Cass. civ. 2°, 28 janvier 1954, D. 1954.217.
- LEVILLAIN, Note sous Douai, 2 août 1906, D.P. 1908.2.241.
- LEVY (Emmanuel), *Fondements du droit*, 1933.
- LOMBOIS, *La construction de l'immeuble urbain*, in *L'immeuble urbain à usage d'habitation*, ouvrage collectif sous la direction de J. Carbonnier, p. 39.
— *Commentaire de la loi du 10 juillet 1965*, D. 1965, L. 105.
- LOUSSOUARN, *Les conflits de loi en matière de sociétés*, Thèse Rennes, 1949.
- LUCAS, *Le patrimoine de la masse des créanciers*, R.T.D. Co. 1969.891.
- LUCHAIRE, *La société « étrangère » dans les pays sous-développés*, in *La personnalité morale et ses limites*, études de droit comparé et de droit international public, L.G.D.J., Paris 1960, p. 169.
- LYON-CAEN, Note sous Cass. civ., 11 juillet 1899, S. 1900.I, p. 6.
- LYON-CAEN (Renault), *Traité de droit commercial*, 5° édition, par Amiaud, 1921.
— Note sous Cass. civ., 28 février 1894, S. 1896.I.209.
- MABILAT, *Le nouveau statut des commissaires aux comptes*, Rev. soc. 1970, p. 65.
- MAISONNEUVE, *La dynamique des groupes*, P.U.F., 1970.
- MALAURIE, *Les actions des sociétés immobilières dans la communauté de meubles et acquêts*, Dalloz, 1972.
— *L'ordre public et le contrat*, 1953.
- MARIN, *Répertoire des sociétés*, Dalloz, V° action.
- MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, Toulouse, 1949.
- MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, T. I, édition 1972, T. II, éd. 1972, vol. 2.

- MASPETIOL, *L'ambiguïté du droit subjectif, in le droit subjectif en question*, Archives de la philosophie du droit, T. IX, 1964, p. 71.
- MAZEAUD (Léon), *Cours de droit commercial*, 4^e année de licence, Paris, 1968.
- *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle*, 6^e édition.
- MAZEAUD (Henri et Léon), Obs. R.T.D. Civ. 1954.
- Note sous Paris, 28 février 1962, D. 1962.
- *Leçons de droit civil*, éd. Montchrestien, 1963, T. II et IV.
- MERCADAL et JANIN, *Sociétés commerciales*, Editions juridiques Lefèbvre, éditions 1972 et 1973.
- MESTRE, Note sous Sirey 1920.I.49.
- Note sous Cass., 28 novembre 1916, Sirey 1918.I.49.
- MEURISSE, Note sous Cass. crim., 19 novembre 1958, Sirey 1959.77.
- *Du sort des créances contractuelles et délictuelles sur lesquelles il n'a pas encore été statué au jour du jugement de règlement judiciaire ou de faillite*, J.C.P. 1964.I.1936.
- MEYNIAL, Note sous Req., 23 février 1891, S. 1892.I.73.
- MEYSSAN, *Les droits des actionnaires et autres porteurs de titres dans la société anonyme*, 1961.
- MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*.
- MICHEL, *Des droits respectifs de l'usufruitier et du nu-proprétaire*, Recueil juridique des sociétés, 1924, p. 135.
- MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale*, 3^e édition, par Trotabas.
- MIMIN, Note sous Tribunal civil de la Seine, 23 décembre 1959, J.C.P. 1960.II.11.586.
- MORAND, Note sous T.G.I. de Paris, 19 avril 1969, Gaz. Pal., 1969.I.325.
- Note mise à jour des règlements de copropriété, Gaz. Pal. 1967.2, Doct., p. 72.
- MORAND et GIRARD, Note sous Paris, 30 novembre 1970, G.P., 23 avril 1971.
- MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e édition, 1927.
- MOUREY, *Les équilibres socio-psychologiques de la copropriété*, L.G.D.J., 1970.
- NOCQUET, *Le critère de la dimension dans les sociétés commerciales*, Thèse Paris, 1967.
- NECTOUX, Note sous Cass. com., 25 octobre 1961, J.C.P. 1961.II.12.937.
- NIBOYET, *Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés?* Revue de droit international privé, 1927, p. 402.
- Note sous Cass., 24 décembre 1928, S. 1929.I.121.
- NOIREL, *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*, Ed. Tech., 1958.
- Note sous Com., 22 octobre 1956, C.A.J.P. Co., p. 185.
- Note sous Paris, 19 mars 1957, D. 1958.234.
- NOUPROS, *L'évolution récente de la notion de droit subjectif*, R.T.D. Civ. 1966, p. 216.
- OPPETIT, *Les rapports de la personne morale et de ses membres*, Thèse Paris, 1965.
- Note sous Com., 25 novembre 1971, Rev. soc. 1972.703.
- *La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions*, J.C.P. 1970.I.2361.
- *Les réponses ministérielles*, D. 1974, chr., p. 278.
- OPPETIT et SAYAC, *Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés*, Rev. soc. 1973. 576.

OZANAM, *Associations, syndicats, fondations*, 1957.

PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Sirey, 1967.

— *Faut-il en France un droit des groupes de sociétés*, J.C.P. 1971.I.2401 bis.

— Note sous Com., 22 octobre 1969, J.C.P. 1970.II.

PAILLUSSEAU et CONTIN, Note sous Rennes, 23 février 1968, J.C.P. 1969.II.16.122.

PERCEROU, Note sous Cass. Req., 9 mars 1903, D. 1904.I.89.

— Note sous Douai, 16 mars 1911, D.P. 1914.2.89.

— *La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation*, Paris, 1951.

PERRET, *Difficultés résultant de la coexistence d'une société de construction et d'une copropriété relativement à un même immeuble*. Mémoire pour le D.E.S. de droit privé, Nice, 1971.

PETIT-PIERRE-SAUVAIN, *Droit des sociétés et groupes de sociétés, études suisses de droit européen*, Genève, 1970.

PETOT-FONTAINE, Note sous T.G.I. Grasse, 12 mai 1969, J.C.P. 1972.II.17.253.

PEYTEL, *Le remboursement des apports dans les sociétés anonymes à capital variable*, G.P. 1951.II, doct. 45.

PIC, Note sous Lyon, 13 janvier 1943, D.C. 1944.34.

— *Des sociétés commerciales*, 1940, T. I.

PIEDELIEVRE, *La copropriété des appartements*, in « *L'immeuble urbain à usage d'habitation* », L.G.D.J., 1963.

— *Remarques sur la notion de qualité*, Annales de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, p. 216.

— Note sous Cass. civ., 12 octobre 1965, D. 1966, p. 225.

PICHAT, *Le contrat d'association*, 1908.

PILLET, *Les personnes morales en droit international privé*, 1914.

PIOT, *Traité théorique et pratique des sociétés à responsabilité limitée*, 2^e édition, 1927.

PIROVANO, *La fonction sociale des droits. Réflexions sur le destin de la théorie de Josserand*, D. 1972.67.

— *De la corrélation existant entre la règle de suspension des poursuites individuelles et la procédure de vérification des créances*, D. 1968, chr., p. 163.

— Note sous Com., 2 avril 1972, D. 1972, p. 618.

— Note sous Com., 9 juin 1969, D. 1970, p. 106.

PLANIOU et RIPERT, *Traité de droit civil français*, Paris, 1952.

— T. III, *Les biens*, par Picard.

— T. VII, 2^e édition, par Boulanger.

— T. II, édition 1954, *Les contrats civils*, par Rouast, Lepargneur, Savatier et Besson.

PEPPY, *La nationalité des sociétés*, Paris, 1920.

PERCEROU, *La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation*, Paris, 1951.

— Note sous Cass. Req., 29 juin 1908.I.1233.

PONSARD, *Remarques sur le principe majoritaire dans les syndicats de copropriété d'appartements*, Mélanges Hamel, 1961.

POTHIER, *Coutumes d'Orléans*, Œuvres complètes, Editions Bugnel, Paris, 1820.

RAYNAUD (P.-L.), *Psychologie scientifique et comportement des épargnants*, Banque, 1963, p. 83.

REMOND (Martine), *La révocation des gérants selon l'article 18 de la loi du 24 juillet 1966*, Rev. soc. 1972, p. 421.

RICHARD et VAYRENE, *Les bilans consolidés*.

RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e édition, L.G.D.J., 1951.

— *De la règle morale*.

— *D'ordre économique et la liberté contractuelle*, Etudes Geny.

— Note sous Paris, 24 novembre 1954, D. 1955.I.236.

— Note sous Cass. com., 22 octobre 1955, D. 1957.177.

RIPERT et ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, T. I, édition 1968, T. II, édition 1970, édition 1964 et addendum.

RODIERE, Observations sous Douai, 11 janvier 1963, R.T.D. Co., 1964, p. 848.

— *La protection des minorités dans les groupes de sociétés (sur la proposition de loi 1055 du 9 avril 1970)*, Rev. soc. 1970, p. 243.

— *Droit commercial, Les groupements sociaux*, Précis Dalloz, édition 1971.

ROUAULT, *Les compagnies immobilières privées*, 1951.

ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, Thèse Toulouse, L.G.D.J., 1961.

ROUSSEAU, Note sous Req., 26 mai 1936, S. 1937.I.

— Note sous Trib. Cor. Montbrisson, 28 février 1934, S. 1934.152.

— Note Sirey, 1936, p. 233.

— J.C.P., 1966.I.2031.

— Note sous Cass. civ., 23 juillet 1931, S. 1935.I.49.

SAINT-ALARY, Note sous Cass. civ., 3^e R.T.D. Co. 1972.

— Obs. R.T.D. Co. 1971.393.

— *Éléments distinctifs de la société coopérative*, R.T.D. Co. 1952, p. 485.

— Obs. R.T.D. Co. 1961.403.

— Obs. R.T.D. Co. 1969.767, n° 6.

SALEILLES, *De la personnalité juridique, Histoire et théorie*, 2^e édition, 1922.

SARRAUTE et TAGER, Note sous Paris, 20 décembre 1948, J.C.P. 1949.II.5080.

SAVATIER, *Traité de responsabilité civile*, 2^e édition, 1951.

— *Les métamorphoses*, 3^e série, 1959, Dalloz.

— *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, R.T.D. Civ. 1958.331.

SCHAPIRA, *L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme*, R.T.D. Co. 1971, p. 958.

SCHAEFFER, *Les causes d'ordre public de dissolution des sociétés*, in *Mélanges Hamel*, p. 227.

SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes*, Thèse Strasbourg, Sirey, 1970.

— *Quelques remarques sur les droits de la minorité dans la cession de contrôle*, D. 1972, p. 223.

SEBAC, *La condition juridique des biens des associations non déclarées*, R.T.D. Civ. 1939.65.

SEGUIN, *Aspect nouveau du droit de la copropriété, Théorie des parties communes*, Gaz. Pal. 1966, doct., p. 142.

— *Théorie de la répartition et de la modification des charges*, J.C.P. 1966.I.2030.

— *La transparence juridique, quelques aspects de la nouvelle réglementation*, G.P. 1966, p. 104.

— *Précis des sociétés de construction en copropriété*, 1955.

— Note sous Paris, 9 juillet 1960, J.C.P. 1961.I.12230.

— Note sous Cass. civ., 1^{er} octobre 1965, J.C.P. 1966.I.14.730.

SECUR, *Le sort des parts sociales en régime de communauté*, Rev. soc. 1959, p. 140.

SEIGNOLLE, Note sous Trib. civ. Seine, 7 janvier 1963, J.C.P. 1963.II.13.082.

SEQUIN, Note sous T.G.I. Seine, 11 janvier 1961, J.C.P. 1963.II.12.270.

- SIESSE, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*. Thèse Paris, 1922.
- SIZAIRE, *Le statut de la copropriété des immeubles bâtis*, J.C.P. 1969.I.2259.
- *La vocation à la propriété et les sociétés immobilières*, éd. Nicéa, 1960.
 - *A propos de la répartition des parts et actions dans les sociétés de construction*, G.P. 1961, doct. 13.
 - *Jurisclassueur civil*, appendice, art. 1832-1873, fascicule II.
- SOLA CAMIZARES, *Le critère de la dimension dans les sociétés*, R.T.D. Co. 1950, p. 364.
- SOLUS, Obs. sous Req., 21 octobre 1946, R.T.D. civ. 1937, p. 173.
- SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, Sirey, toutes éditions.
- SORTAIS, Note sous Cass. civ., 3^e, 7 avril 1970, et Cass. civ. 2^e, 27 octobre 1971, Rev. soc. 1972, p. 271.
- Note sous Paris, 25 mai 1966, Rev. soc. 1972, p. 260.
 - *Répertoire des sociétés*, Dalloz, V^o sociétés anonymes.
 - Note sous Cass. civ. 3^e, 15 mai 1970, et Aix-en-Provence, 23 décembre 1970, Rev. soc. 1971, p. 588.
 - Note sous Cass. com., 7 mars 1972, Rev. soc. 1973, p. 339.
 - *Cours de droit commercial*, Licence III, faculté de droit de Nice, 1971-1972, polycopié.
 - *Observations à propos de la définition des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne*, J.C.P. 1968.I.2194.
 - *La distinction des sociétés civiles et des sociétés commerciales en droit français depuis la réforme législative de 1966 et 1967*, Revista della societa, mars-avril 1970, p. 414.
 - *La protection de l'acheteur d'appartement*, A.J.P.I. 1974, doct., p. 294.
 - Note sous Aix, 23 décembre 1970, Rev. soc. 1971.582.
 - *Le titre et l'émolument*, L.G.D.J., 1961.
 - *La société unipersonnelle*, Mélanges Bastian, 1974.
 - *Cours de Doctorat*, 1969. Université de Nice, manuscrit.
- SOULEAU, Note sous Orléans, 25 octobre 1973, D. 1974.66.
- Note sous Cass. civ. 3, 19 avril 1972, D. 1973, p. 205.
- STOUFFLET, Note sous Cass. civ., 9 janvier 1962, J.C.P. 1962.II.12586.
- TERRÉ, *Les sociétés civiles professionnelles* (commentaire de la loi n° 66.879, novembre 1966), J.C.P., éd. Not., n° 2.103.
- *L'exercice en commun de la profession de notaire*, J.C.P. 1970, éd. not. 2302.
 - *La révision de la loi sur les sociétés civiles professionnelles*, J.C.P. 1973.II.2554.
 - *La distinction de la société et de l'association en droit français*, Mélanges Secretan, p. 325.
 - *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, L.G.D.J., 1957.
- TEUJLET d'AUVILLIERS et SULPICY, *Code français annoté*, Librairie Videcop, Paris, 1856.
- THALLER, Note sous Cass. civ., 30 mai 1892, D.P. 1892.I.105.
- *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e édition, 1931.
- THIBIERGE, *Le statut des immeubles en copropriété*, in « Le notariat et la propriété immobilière », 55^e Congrès des notaires, Bordeaux, 1957.
- TOUFFAIT, *Délits et sanctions dans les sociétés*, Sirey, 2^e édition, 1973.
- TOUJAS et ARGENSON, *La réforme de la faillite*, J.C.P. 68.I.2179.
- TROTABAS, *Les rapports du droit fiscal et du droit privé*, D.H. 1926, ch. 29.
- *Finances publiques*, Dalloz, édition 1964.

- TUNC, *L'effacement des organes légaux de la société anonyme*, Dalloz, 1952.
- TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Giuffré éd., Milan, 1962.
- VANHAECHE, *Les groupes de sociétés*, L.G.D.J., 1962.
- VAREILLES-SOMMIERES, *De la copropriété*, Rev. critique, 1907, p. 537.
- VASSEUR, *Le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, Thèse Paris, 1927.
- *Cours de droit commercial*, 3^e année, Paris, 1972-1973. *Les cours de droit*, Paris.
- *La mise en jeu de la responsabilité du banquier*, Banque, 1976, p. 367 et s.
- VEAUX, *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales*, Rennes, 1947.
- *La responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales et la notion juridique d'entreprise*, Jurisclasseur social, 1947.
- VEINE, *La rémunération des administrateurs de société anonyme*, Journal « Le Monde », 11 mars 1972.
- VERDIER, Encyclopédie Dalloz, Sociétés, V^o Liquidation-partage.
- *Concentrations économiques et droit des sociétés*, in Mélanges Hamel, 1961, p. 213.
- *Traité de droit du travail*, publié sous la direction de Camerlynck, tome IV.
- VERDOT, *De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes d'administration et de disposition*, R.T.D. civ. 1968.449.
- VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica*, éd. Giuffré, Milan.
- VIAUTE, Note sous Rennes, 25 novembre 1969, J. Not. 1970, p. 1055, art. 49.680.
- VIGNES, *Les pouvoirs du juge des référés*, R.T.D. Co. 1950, p. 350.
- VIGNERON, *Jurisclasseur civil*, article 666, fasc. 2.
- VIGREUX, *Les droits des actionnaires dans les sociétés par actions*, Paris, 1953.
- VINCENT, *La propriété collective, l'indivision et l'état déclaratif du partage*, Revue critique, 1932, p. 234.
- VOUIN, *La construction immobilière en sociétés*, Rev. soc. 1972, pp. 181 et 585.
- *De la recevabilité de l'action syndicale des associations*, J.C.P. 1955.I.1207.
- *L'unique action civile*, D. 1973, ch. 265.
- WAHL, Note sous Req., 18 octobre 1899, S. 1901, p. 81.
- Note sous Rouen, 27 mars 1895, S. 1898.II.185.
- *Pouvoir des assemblées générales au point de vue de la modification des statuts*, Journal des sociétés, 1900, p. 256.
- WALET, *Les sociétés de construction*, Bibliothèque de droit commercial, Tome XV, Sirey, 1966.
- WEILL, *Droit civil*, Dalloz, 1^{re} édition.
- *Le principe de la relativité des conventions*, Thèse Strasbourg, 1938.
- *Répertoire civil*, Encyclopédie Dalloz, V^o Communauté.

TABLE DES MATIERES

	Pages
PRÉFACE	I
INTRODUCTION. — <i>Individualisme et phénomènes juridiques collectifs</i> (n° 1-23)	1
<i>Section I. — L'évolution de l'individualisme et les transformations des concepts de droit subjectif et de personnalité morale</i> (n° 3-13)	2
§ 1. L'individualisme exclusif des phénomènes juridiques collectifs (n° 4-5)	3
§ 2. L'individualisation des phénomènes juridiques collectifs (n° 6-8)	5
§ 3. L'individualisme dépendant des phénomènes collectifs (n° 9-13)	9
<i>Section II. — La personnalité morale technique de transformation des droits</i> (n° 14-23)	15
§ 1. La finalité individuelle justifie le pouvoir interne de la personnalité morale (n° 15-22)	15
A. La notion de finalité individuelle (n° 15-16)	15
B. Pouvoir interne de la personnalité morale et volonté individuelle (n° 17)	18
a) Volonté contractuelle et naissance de la personnalité morale (n° 18-19)	21
b) Volonté d'exercice et fonctionnement de la personnalité morale (n° 20-22)	25
§ 2. La finalité individuelle limite le pouvoir modificateur de droit de la personnalité morale	31

PREMIÈRE PARTIE

<i>LES PERSONNES MORALES OPERANT NOVATION DE DROIT</i> (n° 24-191)	35
<i>DROIT D'ASSOCIE ET SYSTEME COLLECTIF</i> (n° 24-30)	37

TITRE PREMIER

<i>LE PRINCIPE DE NOVATION ET LA NATURE DU DROIT D'ASSOCIE</i> (n° 31-69)	49
---	----

	Pages
CHAPITRE PREMIER. — <i>La spécificité du droit d'associé</i> (n° 34-55)	55
<i>Section I.</i> — Ce n'est pas un droit réel (n° 35-37)	56
<i>Section II.</i> — Le droit d'associé n'est pas un droit de créance (n° 38-40)	61
<i>Section III.</i> — Les contradictions et caractères propres du droit d'associé (n° 41)	66
§ 1. C'est un droit unique mais complexe (n° 42-47)	66
§ 2. Le droit d'associé est un droit individuel qui se réalise dans un système collectif (n° 48-52)	73
§ 3. C'est un droit en devenir (n° 53-55)	81
CHAPITRE II. — <i>Le droit d'associé et le sort de la personnalité morale</i> (n° 56-69)	83
<i>Section I.</i> — Hypothèses (n° 58-67)	85
§ 1. Le droit d'associé et la naissance de la personnalité morale (n° 59-62)	85
§ 2. Le droit d'associé et la disparition de la personnalité morale (n° 63)	91
a) Le droit d'associé demeure lié à un système collectif (n° 64-66)	93
b) La vocation à l'individualisation du droit (n° 67)	97
<i>Section II.</i> — Observations critiques (n° 68-69)	97

TITRE II

LA DIVERSITE INTERNE DES PERSONNES MORALES

OPERANT NOVATION DE DROIT (n° 70)	99
---	----

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — <i>Manifestations et facteurs de variabilité des effets internes de la personnalité morale</i> (n° 71-97)	101
<i>Section I.</i> — Les manifestations de la transparence de la personnalité morale (n° 73-88)	103
<i>Sous-section I.</i> — Transparence de la personnalité morale et droit fiscal (n° 76-77)	106
<i>Sous-section II.</i> — Transparence de la personnalité morale en droit civil et commercial (n° 78-88)	111
§ 1. Hypothèses de transparence de principe (n° 79-82)	112
§ 2. Hypothèses de transparence exceptionnelle (n° 83)	116
A. La phase classique : Une remise en cause à caractère pathologique, conséquence de l'absence de communauté sociale (n° 84)	117
B. L'état du droit positif : Une remise en cause systématique, conséquence de l'avènement de la notion de contrôle (n° 85-88)	120
<i>Section II.</i> — La recherche d'un principe de variabilité (n° 89-97)	126
§ 1. Le rapport finalité-objet (n° 90-93)	127
§ 2. Le rapport forme-dimension (n° 94-95)	132
§ 3. Le jeu conjugué des facteurs (n° 96-97)	134

CHAPITRE PREMIER. — <i>Droit d'associé et consécration d'un principe de valeur</i> (n° 98-101)	139
I. — LE SUPPORT DE LA VALEUR DU DROIT D'ASSOCIÉ	146
Section I. — Un droit direct contre la société : le droit aux dividendes (n° 103-112)	147
Sous-section I. — Le droit aux dividendes est subordonné à l'exis- tence des bénéfices (n° 105-107)	149
Sous-section II. — Le droit aux dividendes est subordonné à une décision collective (n° 108-112)	153
Section II. — Les droits indirects sur l'actif social (n° 113-126)	160
Sous-section I. — Le droit de l'associé et la décroissance du capi- tal (n° 115-117)	162
Sous-section II. — Le droit de l'associé et la croissance du capital (n° 118)	165
§ 1. Le droit sur les primes d'émission (n° 119-120)	167
§ 2. Le droit préférentiel de souscription (n° 121-126)	169
A. Attribution (n° 122-123)	170
B. Exercice (n° 124-126)	172
II. — LA RÉALISATION DE LA VALEUR DU DROIT D'ASSOCIÉ (n° 127-137)	175
Section I. — Le principe de valeur implique la libre cession du droit (n° 128-133)	176
Section II. — Contrôle et libre cession des actions (n° 134-137)	183
CHAPITRE II. — <i>Droit d'associé et survie d'un principe de possession</i> (n° 138). 191	
I. — LES PRÉROGATIVES DÉCOULANT DU PRINCIPE DE POSSESSION (n° 138 bis- 178)	192
Section I. — Le droit de jouissance (n° 140-159)	193
Sous-section I. — Le droit individuel de jouissance de l'article 1859, alinéa 2, du Code civil (n° 141-143)	194
Sous-section II. — Le droit de jouissance dans les sociétés immo- bilières d'attribution (n° 144-159)	198
§ 1. Le droit de jouissance projet de l'entreprise collective (n° 145-153)	200
§ 2. Le droit de jouissance en lui-même (n° 154-159)	211
Section II. — Le droit de retrait (n° 160-178)	219
Sous-section I. — Le sort de la société dépend du droit de retrait (n° 162-170)	221
Sous-section II. — Le sort de la société est indépendant du droit de retrait (n° 171-178)	234
§ 1. L'initiative du retrait (n° 173-174)	237
§ 2. Les aspects patrimoniaux du retrait (n° 175-178)	240
II. — L'INCIDENCE DU PRINCIPE DE POSSESSION SUR LE RÉGIME DU DROIT D'ASSOCIÉ (n° 179-191)	245
Section I. — L'influence de l'intuitus personae sur le régime du droit d'associé	248
§ 1. Droit d'associé et le décès de son titulaire (n° 182-185)	248
§ 2. Intuitus personae et cession de parts sociales (n° 186-187)	253

<i>Section II. — Le régime des parts de société immobilière d'attribution</i> (n° 188-191)	254
---	-----

DEUXIÈME PARTIE

<i>LES PERSONNES MORALES</i> <i>LAISSANT SURVIVRE LE DROIT SUBJECTIF</i> <i>DANS SA NATURE</i> (n° 192)	261
<i>COEXISTENCE DE DROITS SUBJECTIFS</i> <i>ET PERSONNALITE MORALE</i> (n° 192-195)	263

TITRE PREMIER

<i>ELEMENT PROCEDURAL DU DROIT</i> <i>ET PERSONNALITE MORALE</i> (n° 196-241)	269
<i>CHAPITRE PREMIER. — L'absence d'interférence entre intérêt individuel et</i> <i>intérêt collectif</i> (n° 198-203)	273
<i>Section I. — Action individuelle et action collective dans les associa-</i> <i>tions</i> (n° 199-200)	275
<i>Section II. — Action individuelle et collective dans les syndicats</i> (n° 201- 203)	279
<i>CHAPITRE II. — Les interférences entre intérêt individuel et intérêt collectif</i> (n° 204)	285
<i>Section I. — La recherche d'un équilibre entre pouvoir individuel et</i> <i>pouvoir collectif. Les actions individuelles et collectives dans le syn-</i> <i>dicat des copropriétaires</i> (n° 205-218)	286
<i>Sous-section I. — L'étendue du domaine de l'action syndicale</i> (n° 207- 210)	289
§ 1. <i>Les actions en garantie des vices cachés et en responsabilité</i> <i>des architectes et entrepreneurs</i> (n° 208-209)	290
§ 2. <i>Les actions pétitoires et possessoires</i> (n° 210)	293
<i>Sous-section II. — La qualité du pouvoir syndical</i> (n° 211-218)	294
§ 1. <i>L'inadéquation des conceptions individualistes reposant sur</i> <i>un critère formel de l'intérêt personnel</i> (n° 213-214)	297
§ 2. <i>L'adéquation des conceptions communautaires reposant sur</i> <i>un critère réel de l'intérêt personnel</i> (n° 215-218)	300
<i>Section II. — Le triomphe de l'ordre collectif : les modifications por-</i> <i>tant sur l'action individuelle du créancier dans la masse des pro-</i> <i>cédures de concours</i> (n° 219-239)	306
<i>Sous-section I. — La suspension des poursuites et les créanciers ne</i> <i>justifiant pas d'un intérêt distinct</i> (n° 222-232)	310
§ 1. <i>Suspension des poursuites et créanciers chirographaires</i> <i>(n° 223-226)</i>	311
§ 2. <i>Suspension des poursuites et créanciers titulaires de sûretés</i> <i>réelles spéciales</i> (n° 227-232)	316
<i>Sous-section II. — La suspension des poursuites et les créanciers</i> <i>justifiant d'un intérêt distinct</i> (n° 233-239)	325

	Pages
a) L'intérêt collectif fonde l'action des syndics (n° 237)	331
b) L'action individuelle des créanciers n'est pas nécessairement exclue (n° 238-239)	334
<i>Section III.</i> — La notion d'intérêt particulier (n° 240-241)	336

TITRE II

PERSONNALITE MORALE
ET ELEMENT SUBSTANTIEL DU DROIT

<i>CHAPITRE PREMIER.</i> — <i>Le pouvoir normatif de la personnalité morale et les aménagements relatifs à l'exercice du droit</i> (n° 244-268)	341
<i>I.</i> — <i>LA SYSTÉMATISATION DES CHARGES AFFÉRENTES A L'EXERCICE DU DROIT</i> (n° 245-261)	343
<i>Section I.</i> — Les charges de copropriété (n° 246-258)	343
<i>Sous-section I.</i> — Le principe de l'obligation aux charges (n° 246-248)	343
<i>Sous-section II.</i> — La mise en œuvre de l'obligation aux charges (n° 249-258)	348
§ 1. Les méthodes (n° 251-252)	351
A. La dominante collective : charges relatives à la conservation, à l'entretien et à l'administration des parties communes (n° 251)	351
B. La dominante individualiste : charges entraînées par le service collectif et les éléments d'équipement commun (n° 252)	352
§ 2. Hypothèse de conflits (n° 253)	353
A. Conflits tenant à la qualification des charges (n° 254-257)	354
B. Répartition des charges et frais de justice (n° 258)	357
<i>Section II.</i> — L'obligation aux cotisations dans les syndicats et associations (n° 259-261)	359
<i>II.</i> — <i>L'AUTORITÉ DANS L'ORDRE COLLECTIF</i> (n° 262-268)	362
<i>Section I.</i> — Le pouvoir disciplinaire dans les associations et syndicats (n° 263-265)	363
<i>Section II.</i> — La soumission à la norme collective (n° 266-268)	367
<i>CHAPITRE II.</i> — <i>Le pouvoir de transformation de la personnalité morale et les aménagements relatifs à la structure du droit</i> (n° 269-289)	371
<i>Section I.</i> — La transformation du droit envisagée sous son aspect négatif (n° 270-281)	372
<i>Sous-section I.</i> — Les atteintes tenant à l'harmonisation des situations individuelles (n° 271-272)	372
<i>Sous-section II.</i> — Le transfert au groupement de prérogatives individuelles (n° 273-281)	374
§ 1. Le problème de l'apport aux associations (n° 274-277)	376
§ 2. Démembrement du droit de propriété et personne morale du syndicat des copropriétaires (n° 278-281)	379

	Pages
<i>Section II. — La transformation du droit individuel envisagée sous son aspect positif (n° 282-286)</i>	383
§ 1. Hypothèque légale de la masse (n° 283-284)	385
§ 2. Les mesures collectives destinées à accroître le gage commun (n° 285-286)	387
<i>Section III. — Le problème de la nature du droit aménagé collectivement.</i>	
De la coexistence des droits à l'intégration des droits	389
CONCLUSION (n° 290-292)	395
TABLE DES AUTEURS CITÉS	397

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
Paris -- 1741
Dépôt légal : 2^e Trimestre 1977

Printed
in
France

IMPRIMERIE R. VANÇON
77, rue du Cardinal-Lemoine
PARIS (5^e)
N° 1183 30-4-77



ISBN 2-275-01261-3